

4

Publicación Semestral

CimaLex



VOLUMEN II, NÚMERO 4 Julio-diciembre

ISSN: 2954-3398 2023

La vulneración de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la frontera México-Estados Unidos, **Daffne Cecilia Sánchez Mendoza y Alejandro Sánchez Sánchez**

Crítica ontológica al principio de indivisibilidad de los derechos humanos, **Carlos Ruiz Saldívar y Pablo Latorre Rodríguez**

La lucha constante del contribuyente, por la obtención de una cita en el Servicio de Administración Tributaria, **Emigdio Julián Becerra Valenzuela, Elizabeth García Espinoza y David Álvarez García**

Planeación territorial en la gestión de los servicios básicos en los asentamientos irregulares del municipio de San Luis Potosí, caso Zona Poniente, **Carlos Eduardo Pérez Santillana y Violeta Mendezcarlo Silva**

Reflexiones sobre la evolución de los estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, **Mónica Anís**

La desaparición de poderes en las entidades federativas, análisis histórico de un medio de control constitucional, **Carlos Tadeo Salazar Oliva y Violeta Mendezcarlo Silva**

Transformación del matrimonio entre personas del mismo sexo en México: elementos teóricos y jurisprudenciales para su análisis, **Sonia Elizabeth Ramos-Medina y Manuel Antonio Durán-Luzuriaga**

Considerations sur la procedure de *No case to answer* dans la jurisprudence de la Cour Penale Internationale, **Pierre Belbenoit-Avich**

Publicación Semestral

CimaLex



Volumen II, número 4, julio-diciembre, 2023



Universidad Autónoma de Baja California



Universidad Autónoma de Baja California

Dr. Luis Enrique Palafox Maestre

Rector

Dr. Joaquín Caso Niebla

Secretario General

Dr. Óscar Omar Ovalle Osuna

Coordinador de Planeación y Desarrollo Institucional

Dr. Jesús Adolfo Soto Curiel

Vicerrector Campus Mexicali

Dra. Lus Mercedes López Acuña

Vicerrectora Campus Ensenada

Dra. Haydeé Gómez Llanos Juárez

Vicerrectora Campus Tijuana

FACULTAD DE DERECHO MEXICALI

Dra. Ana Edith Canales Murillo
Directora de la Facultad de Derecho Mexicali

Mtro. Roberto Villa González
Subdirector de la Facultad de Derecho Mexicali

Mtra. Elizabeth García Espinoza
Administradora

Dr. Luis Xavier Garavito Torres
Coordinador de Extensión y Vinculación

Dr. Pablo Latorre Rodríguez
Coordinador de Investigación y Posgrado

Publicación Semestral
CimaLex

**Volumen II, número 4,
julio-diciembre, 2023**

DIRECTORA EDITORIAL

Dra. Marina del Pilar Olmeda García

CONSEJO CIENTÍFICO

Dr. Marisol Angles Hernández
Dr. José Ramón Cossío Díaz
Dr. Guillermo Escobar Roca
Dra. María Guadalupe Fernández Ruíz
Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Dr. Imer Benjamín Flores Mendoza
Dr. Sergio García Ramírez
Dr. Alfredo Islas Colín
Dra. María Mercedes Iglesias Báez
Dra. Margarita Palomino Guerrero
Dra. Marina del Pilar Olmeda García
Dra. Teresita de Jesús Rendón
Dra. Encida Desiree Salgado
Dr. Enrique Uribe Arzate
Dr. Juan Vega Gómez
Dr. Ricardo Zuluaga Gil

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Profesor Investigador Asociado de El Colegio de Mé
Universidad de Alcalá de Henares, España
Facultad de Derecho de la UNAM
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
Universidad de Salamanca, España
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Universidad de Guanajuato
Universidad de Curitiba, Brasil
Universidad Autónoma del Estado de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Universidad de Medellín, Colombia

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Angélica Burga Coronel
Dr. Sergio Gilberto Capito Mata
Dr. Fernando Manuel Castro Figueroa
Dr. Luis Carlos Castro Vizcarra
Dr. Pablo Latorre Rodríguez
Dra. Marisol Luna Leal
Dra. Karla Elizabeth Mariscal
Dra. Alina del Carmen Nettel
Dr. Carlos María Pelayo Moller
Dra. María Candelaria Pelayo Torres
Dra. Virdzhiniya Petrova Georgieva
Dr. Jesús Rodríguez Cebreros
Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano
Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez
Dr. Juan Pablo Venegas Contreras

Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Universidad Veracruzana
Universidad Autónoma de Querétaro
Universidad Autónoma de Querétaro
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Universidad Autónoma de Nuevo León
Universidad Juárez del Estado de Durango
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC

Revista CimaLex

Vol. II, núm. 4, julio-diciembre, 2023

Directorio

Directora editorial

Dra. Marina del Pilar Olmeda García

Coordinación editorial

Dr. Fernando Manuel Castro Figueroa

Lic. Leobardo Sarabia Quiroz

Diseño de portada y formato de interiores: Raymundo Larios

Soporte digital: Raymundo Larios

Asistencia editorial: Issa Jensen, Leopoldo Gardea.

CIMALEX, Volumen II, número 4, julio-diciembre, 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Baja California, a través de la Facultad de Derecho Mexicali. Boulevard Benito Juárez y Avenida Ignacio López Rayón, s/n, Mexicali, Baja California. C.P. 21280. Tel. 686 841-8231, <http://revistacimalex.uabc.mx/>, revista.cimalex@uabc.edu.mx. Editor responsable: Marina del Pilar Olmeda García. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo no. 04-2021-112511325400-102, ISSN: 2954-3398, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de Título y contenido: en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Impresa por Artificios Media, Abelardo L. Rodríguez 747, Col. Maestros Federales, Mexicali, Baja California, C.P. 21370. Este número se terminó de imprimir el 15 de enero de 2024, con un tiraje de 150 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura institucional de la publicación y son responsabilidad exclusiva de los autores. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

IMPRESO Y HECHO EN MÉXICO

ÍNDICE

- La vulneración de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la frontera México-Estados Unidos**, Daffne Cecilia Sánchez Mendoza y Alejandro Sánchez Sánchez 9
- Crítica ontológica al principio de indivisibilidad de los derechos humanos**, Carlos Ruz Saldivar y Pablo Latorre Rodríguez 33
- La lucha constante del contribuyente, por la obtención de una cita en el Servicio de Administración Tributaria**, Emigdio Julián Becerra Valenzuela, Elizabeth García Espinoza y David Álvarez García 57
- Planeación territorial en la gestión de los servicios básicos en los asentamientos irregulares del municipio de San Luis Potosí, caso Zona Poniente**, Carlos Eduardo Pérez Santillana y Violeta Mendezcarlo Silva 85
- Reflexiones sobre la evolución de los estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina**, Mónica Anís 119
- La desaparición de poderes en las entidades federativas, análisis histórico de un medio de control constitucional**, Carlos Tadeo Salazar Oliva y Violeta Mendezcarlo Silva 141

Transformación del matrimonio entre personas del mismo sexo en México: elementos teóricos y jurisprudenciales para su análisis, Sonia Elizabeth Ramos-Medina y Manuel Antonio Durán-Luzuriaga 183

Considerations sur la procedure de No case to answer dans la jurisprudence de la Cour Penale Internationale, Pierre Belbenoit-Avich 217

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La prueba confesional y declaración de parte en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles, Jorge Humberto Plantillas García 245

Análisis jurisprudencial sobre el tema de legítima defensa y perspectiva de género, Marina del Pilar Olmeda García 255

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

El costo de los derechos. por qué la libertad depende de los impuestos, Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, por Jesús Fernando Villarreal Gómez 261

No estudies derecho. una revisión de la función social de los abogados, Juan Jesús Garza Onofre, por Mara Isabel Ortiz Valdez 271

LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA FRONTERA MÉXICO-ESTADOS UNIDOS

DAFFNE CECILIA SÁNCHEZ MENDOZA*
ALEJANDRO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

RESUMEN

El trabajo tiene por objetivo analizar de forma crítica cómo se vulneraron los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes que tienen estatus de migrantes, en la frontera de México con los Estados Unidos de Norte América, del año 2020 al 2022. El artículo se fundamenta en un análisis cualitativo a partir de informantes clave y sistematización de bases convencionales, constitucionales, y legales. En la parte teórica empírica se relacionan dos visiones teóricas: la migración en la frontera México-Estados Unidos con los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes. Resultando que se violan los derechos fundamentales de estos sujetos de derecho de forma reiterada, resultando que no les garantizan los principios establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al limitarlos por requisitos reglamentarios, concluyendo que el artículo tiene un valor multidimensional al poder replicar los resultados en diferentes puntos fronterizos.

PALABRAS CLAVE: Violación, derechos humanos, frontera, México-Estados Unidos, niñas, niños y adolescentes migrantes.

* Maestra en Derecho, Doctoranda por la BUAP, litigante en Amparo y Civil.

** Doctor en Derecho, miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I, perfil Promep, profesor de Licenciatura y Posgrado en las áreas de Derechos Humanos, Amparo y Civil.

ABSTRACT

The objective of the work is to critically analyze how the fundamental rights of Girls, Boys and Adolescents who have migrant status were violated on the border of Mexico with the United States of North America, from 2020 to 2022. The article is based on a qualitative analysis based on key informants and systematization of conventional, constitutional, and legal bases. In the empirical theoretical part, two theoretical visions are related: migration on the Mexico-United States border with the human rights of Girls, Boys and Adolescents. Resulting in that the fundamental rights of these subjects of law are repeatedly violated, resulting in that they are not guaranteed the principles established in the Political Constitution of the United Mexican States, by limiting them by regulatory requirements, concluding that the article has a multidimensional value to power. Replicate the results at different border points.

KEYWORDS: Violation, human rights, border, Mexico-United States, migrant girls, boys and adolescents.

INTRODUCCIÓN

Los antecedentes jurídicos desde la visión de la ciencia jurídica, delimitado a los Estados Unidos Mexicanos (EUM), enfocado en la frontera de México con los Estados Unidos de Norte América, aplicables al tópico de análisis, se encuentran en la naturaleza jurídica de los derechos humanos, su importancia en el desarrollo de la humanidad, la garantía constitucional llamada juicio de amparo cuando no se cumple con lo establecido o no se cristalizan los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes¹

¹ La fracción XIX del artículo 3 de la Ley de Migración define jurídicamente

en la frontera México-Estados Unidos, como válidamente se ha sustentado en diferentes obras de la doctrina, así se encontró que: la naturaleza jurídica de los derechos humanos, se establece a partir del objeto de estudio de la ciencia del derecho; si el objeto de estudio de la ciencia del derecho es la norma jurídica, se afirma que, cuando se encuentran establecidas en instrumentos jurídicos válidos y vigentes, las necesidades que requieren los seres humanos para una vida digna, entonces pues, se está frente a la naturaleza jurídica de los derechos humanos, ésta se puede encontrar en los tratados internacionales en la materia; por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en la parte dogmática de la CPEUM.²

La importancia de los derechos humanos en el desarrollo de la humanidad, se considera que está basada en las políticas públicas establecidas en un país, para poder concretar o volver realidad cada uno de esos derechos humanos, lo que permite un desarrollo armónico, digno, igualitario de las sociedades humanas, con un crecimiento sustentable y respeto al Estado de Derecho en el que se busca como esencia la satisfacción de las necesidades humanas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.³

El juicio de amparo indirecto —también llamado juicio de amparo biinstitucional, ahora denominado juicio de derechos fundamenta-

a: niña, niño o adolescente migrante: cualquier persona migrante, nacional o extranjera, menor de dieciocho años de edad. Son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor de dieciocho años de edad, se presumirá que es adolescente. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor o menor a doce años, se presumirá que es niña o niño.

² Sánchez, Alejandro y Sánchez Daffnia, Isabel, *Controversias familiares, un derecho humano judicializado* (México, Miguel Ángel Porrúa, 2022), 22.

³ Sánchez, Alejandro, *El derecho humano al debido proceso y el acceso a la justicia desde una perspectiva de la praxis civil* (México, Miguel Ángel Porrúa, 2020), 10.

les— es una garantía constitucional para los gobernados en México, que puede ser accionado por el quejoso a partir de que se le violenten alguno o algunos de sus derechos humanos, ya sea por la vía del amparo directo o indirecto; en este último, se encuentra inmerso el incidente de suspensión del acto reclamado. El juicio de amparo indirecto protege los derechos fundamentales de los gobernados y se encuentra consagrado en los artículos 103 y 107 de la CPEUM, además, está reglamentado en la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El incidente de suspensión del acto reclamado en el amparo indirecto, es una medida cautelar de carácter constitucional, que tiene como fin mantener las cosas o hechos en el estado en que se encuentran, evitando así que, se le vulneren los derechos humanos al gobernado, esta medida cautelar se encuentra consagrada en la fracción X del artículo 107 de la CPEUM y descrita en los artículos del 125 al 169 de su Ley Reglamentaria.⁴

Siendo que este mecanismo de control constitucional es procedente en todas las áreas del conocimiento jurídico, con excepción de la materia electoral, por tanto, procede contra actos del Instituto Nacional de Migración, cuando vulnera derechos humanos, de igual forma procede, en contra de actos de autoridad que vulneren los derechos de las niñas niños y adolescentes, esto aun teniendo el carácter de migrantes.

Para afirmar lo anterior, se planteó en la investigación el análisis del fenómeno social desde la visión jurídica o como objeto de estudio, la problemática de la violación a los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes en la frontera México-Estados Unidos. Fijando objetivos, para determinar los derechos humanos de estos sujetos de derecho, así como cuales son las violaciones más frecuentes a las que se enfrentan en su estatus de migrantes.

⁴ Sánchez Daffne, Sánchez Daffnia, Sánchez Alejandro, *El incidente de suspensión en el amparo indirecto contra un acto de expropiación. Teoría y praxis de un estudio de caso* (México, Miguel Ángel Porrúa, 2021), 154-155.

En el desarrollo de la investigación y presentación de los resultados, a través del presente artículo, se utilizaron premisas válidas y verdaderas, utilizando el método cualitativo, documental, dogmático, *utilizando la acción indagatoria que se mueve de manera dinámica en ambos sentidos: entre los hechos y su interpretación, y resulta un proceso más bien “circular” en el que la secuencia no siempre es la misma, pues varía con cada estudio.* Se utilizó doctrina de obras como *Metodología de la investigación jurídica*,⁵ artículos científicos que abordan el problema, uno de ellos delimita su campo de estudio al país de Chile, este lo consideré de suma importancia para ilustrar que la problemática no es única en la frontera analizada.

De igual forma, se utilizaron premisas válidas y verdaderas como lo es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), la Ley de Migración, la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Se establece citando, el concepto de niño o niña desde una visión jurídica, en la que (Venegas, 2021, 28) establece que, *no todas las personas son iguales, pues subsisten diferencias físicas, corporales, emocionales, culturales y económicas. Por ende, los niños, las niñas y los adolescentes son diferentes entre sí.* Por lo que, ante las acciones de gobierno, para garantizar sus derechos, deben considerar esta particularidad natural del ser humano.

Para la inmersión al campo de estudio, fue necesario utilizar testimonios de profesionales de la comunicación, citando noticias como la de Telemundo que documenta, “la realidad de los niños migrantes no acompañados, la continua llegada de menores indocumentados, son algunos 3 200 niños que cruzaron la

⁵ Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P., *Metodología de la investigación* (México: Sexta Edición. McGraw Hill Education, 2014) Recuperado de <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>

frontera y necesitan ser patrocinados”,⁶ entre otros más. Por lo que considero importante ampliar el universo de estudio en otra etapa de la investigación.

De los artículos 1, 3 y 4 de la CPEUM, se deriva la ley secundaria que, regula el fenómeno social analizado, es decir, los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la frontera México Estados Unidos con el carácter de migrantes, dicha ley reconoce los derechos de estas personas sujetas de derechos, sin embargo, se sostiene que existe la vulneración a los derechos humanos de estas personas. Lo que se afirma a partir de que se encontró que en solo un año la Comisión Nacional de los Derechos Humanos dirigió 29 recomendaciones en este sentido al Instituto Nacional de Migración.

METODOLOGÍA

Para el desarrollo de la investigación y presentación de los resultados de la misma, a través del presente artículo, se utilizaron premisas válidas y verdaderas, utilizando el método cualitativo, documental, dogmático, partiendo de lo que sostiene (Hernández, Fernández y Baptista 2014, 04) al afirmar que la investigación es un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos, que se aplican al estudio de un fenómeno o problema, además, establece las características del enfoque cualitativo en la investigación científica.

¿Qué características posee el enfoque cualitativo de investigación? El enfoque cualitativo también se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a

⁶ Noticias Telemundo, La realidad de los niños migrantes no acompañados, Recuperado en <https://www.youtube.com/watch?v=hRIbkF3HFFg> (consultado el 16 de septiembre de 2023).

la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos. Con frecuencia, estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes; y después, para perfeccionarlas y responderlas. La acción indagatoria se mueve de manera dinámica en ambos sentidos: entre los hechos y su interpretación, y resulta un proceso más bien “circular” en el que la secuencia no siempre es la misma, pues varía con cada estudio⁷.

Siendo el objeto de estudio de la ciencia jurídica, la norma jurídica; se define el objeto de estudio en este artículo, siendo éste, el análisis de las normas jurídicas que consagran y regulan los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en México, siendo necesario relacionarlas con el concepto del objeto de análisis. Para Venegas (2021), el concepto de niño o niñez, principalmente se va a construir con base en el contexto normativo y social prevaleciente que venga a salvaguardar, identificar y hacer visible la figura del infante o niño como tal, merecedor de todo tipo de respeto y cuidados. Parte de la definición del objeto de estudio es el siguiente:

Es importante establecer que no todas las personas son iguales, pues subsisten diferencias físicas, corporales, emocionales, culturales y económicas. Por ende, los niños, las niñas y los adolescentes son diferentes entre sí y también en su género en relación con la misma sociedad. Asimismo, merecen una protección especial dada su necesidad de lograr una autonomía progresiva y formación para su próxima vida de adultez. (Venegas 2021, 28).

A efecto de esclarecer el problema planteado, es decir la

⁷ Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P., *Metodología de la investigación* (México: Sexta Edición. McGraw Hill Education, 2014) Recuperado en <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf> p. 7

violación de derechos humanos, se citan datos válidos y verdaderos, como lo sostiene (Calva 2022, 01), citando a Vargas (2018), entre esta población predominaron los menores en edad escolar, quienes al llegar a México afrontaron varios obstáculos en su incorporación al sistema educativo. Vargas (2018) identificó que estos menores al buscar un lugar en las escuelas afrontaron barreras administrativas y económicas, esto debido a supeditar la matriculación del estudiante transnacional a la disponibilidad de cupo o la posesión de documentos de identidad. Además, debieron hacer frente a barreras socioculturales asociadas al manejo del español, a los distintos contextos escolares y los contenidos curriculares que hay entre los sistemas educativos de ambos países.

Para sostener metodológicamente el problema planteado, que es objeto de estudio en esta investigación, se cita lo siguiente:

Las problemáticas derivadas del fenómeno de la migración en la ruta a Estados Unidos han rebasado las respuestas, tanto de los países de origen como de tránsito, lo que impacta a la niñez que migra y que vive expuesta al riesgo de sufrir violaciones a sus derechos humanos. Con el fin de contribuir a una investigación que sea sensible de sus necesidades es que el presente estudio recuperó las voces de 34 niñas y 42 niños —originarios de México y el norte de Centroamérica— de enero a julio de 2021 con el propósito de explorar sus condiciones de vulnerabilidad y lo experimentado durante el tránsito por México. A través de sus testimonios se dio cuenta de las experiencias y repercusiones emocionales derivadas de condiciones como inseguridad, violencia y pobreza que viven a lo largo de su ruta y que merman su derecho a una vida óptima.⁸

⁸ Calva Sánchez, Luis Enrique, “Perfiles y tendencias en la migración de retorno a México durante la administración de Trump” [Characteristics and trends of return migration to Mexico during the Trumps administration]. *Estudios Fronterizos*, 23, e1 01. <https://doi.org/10.21670/ref.2217101>

Asimismo, para robustecer la existencia de la problemática en estudio, en la frontera México Estados Unidos, se citan testimonios o noticias documentadas por profesionales de la comunicación a través de diferentes medios de comunicación, siendo los siguientes: Noticias Telemundo documentó, “la realidad de los niños migrantes no acompañados, la continua llegada de menores indocumentados, son algunos 3200 tres mil doscientos niños que cruzaron la frontera y necesitan ser patrocinados”; de la misma manera, Loret de Mola documentó:⁹ “niños migrantes separados de sus padres podrían ser puestos en adopción, los separa, no importa si entran solos o acompañados, han deportado por separado a padres y niños”; asimismo, Loret de Mola documentó¹⁰ “que saquen a los niños migrantes retenidos y los reúnan con sus padres”.

Para continuar con la línea de investigación con una visión internacional se recomiendan las fuentes establecidas como los son:

Sistema Universal, interamericano, nacional y local sobre los derechos humanos del niño; 2. Sistema normativo universal; 3. Declaración Universal de Derechos Humanos; 4. Declaración de los Derechos del Niño; 5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales; 6. Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos; 7. Convención sobre los Derechos del Niño; 8. Sistema normativo interamericano; 9. Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 10. Convención Americana sobre Derechos Humanos; 11. Opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño (Venegas 2021, 257).

⁹ Loret de Mola (s/f). Niños migrantes separados de sus padres podrían ser puestos en adopción. Recuperado en <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgzGrcPPGhGDvdMdjsPxWFFQPcCxL?projector=1> (consultada el 10 de mayo de 2023).

¹⁰ Loret de Mola (s/f). Protestan en Texas por libertad de niños migrantes. Recuperado en <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgzGrcPPGhDwtFbwhlmThJQQfLxWT?projector=1> (consultada el 12 de mayo de 2023).

Las anteriores premisas se encuentran analizadas y se derivan de la lectura de la obra que se sugiere consultar,¹¹ las cuales no se abordan en esta presentación o artículo por delimitación metodológica. De la información clave de los noticieros y periodistas citados, se deduce y se sostiene que el fenómeno de violación a los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes en la frontera de México con Estados Unidos, es una realidad.

DESARROLLO

La vulneración de los derechos de las niñas, niños y adolescentes con el estatus de migrantes, en la frontera México Estados Unidos se analiza como fenómeno social desde la perspectiva de la ciencia jurídica a partir del bloque de constitucionalidad de los Estados Unidos Mexicanos, por ello, del análisis del artículo primero de la CPEUM, se desprende que “toda persona goza de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados en la materia, estableciendo esta premisa y concatenada con las Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la que fundamenta que, ellos son personas sujetos de derechos,¹² por tanto, gozan de los derechos humanos y sus garantías que otorga la CPEUM.¹³

¹¹ Venegas Contreras, Juan Pablo, *Violación de los derechos humanos de las niñas y los niños El abandono familiar*. Editorial Universitaria, UABC, 2021.

¹² Artículo 1. La presente Ley es de orden público, interés social y observancia general en el territorio nacional, y tiene por objeto: I. Reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, con capacidad de goce de los mismos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos que establece el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; II. Garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte;

¹³ Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán

Deducido del artículo 1 de la CPEUM los derechos que otorga ésta, son para todas las personas, vinculado con lo establecido en la fracción primera del artículo primero de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, se desprende que estos son sujetos de derechos, por tanto, tienen derechos a todos los que otorga la Constitución, así como a sus garantías. De la primera premisa establecida se desprende que no hace ningún distinción sobre las personas, es decir, no importa si son mexicanos o extranjeros, ciudadanos mexicanos, o ciudadanos extranjeros, pues aplica los principios de universalidad y no discriminación, por lo que las Niñas, Niños y Adolescentes con el carácter de migrantes en la frontera México Estados Unidos, no se les excluye de estos derechos, no se les debe excluir y en consecuencia debe existir una política pública integral que atienda de forma digna las necesidades de estos sujetos de derecho. Por tanto, todas las Niñas, Niños y adolescentes con el estatus de migrantes en la frontera México Estados Unidos tienen los derechos que enseguida menciono: Toda persona tiene

de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

derecho a la educación, la educación inicial es un derecho de la niñez y será responsabilidad del Estado concientizar sobre su importancia, el Estado priorizará el interés superior de niñas, niños, adolescentes y jóvenes en el acceso, permanencia y participación en los servicios educativos.

Las Niñas, Niños y Adolescentes, tienen derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, a la protección de la salud, al sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social. Los sujetos de derechos tienen derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, tienen derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, tienen derecho a la identidad y a ser registrados de manera inmediata a su nacimiento, así mismo, toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa.

De los artículos 1, 3 y 4 de la CPEUM, se derivan las leyes secundarias que, regulan el fenómeno social analizado, es decir, los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la frontera México-Estados Unidos con el carácter de migrantes, dichas leyes reconocen los derechos de estas personas sujetas de derechos, por ejemplo, establecen que: El Estado debe garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes conforme a lo establecido en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte. Además, en cumplimiento al principio de universalidad de los derechos humanos, se deduce, que el estatus de estas personas no debe imperar para que se les respeten y cristalicen sus derechos fundamentales.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TÓPICO

En México, se cuenta con un sistema jurídico que parte de la CPEUM, en la que se establecen los derechos fundamentales de todas las personas, sobre esos derechos corresponde la titularidad a cada persona ya sea física o moral, y la obligación correlativa de cristalizarlos o volverlos posibles corresponde al País, es decir, al gobierno, así, de cada uno de esos derechos fundamentales se establece una política pública y un ente público para que ejecute las acciones necesarias, para hacer posible el acceso a los individuos a esos derechos, este actuar de las autoridades debe ser apegado al principio de legalidad y constitucionalidad, cuando esto no es así y se causa un agravio, un perjuicio al gobernado, existen los recursos ordinarios, para buscar cambiar la actuación de la autoridad en favor de las personas, cuando esto no se obtiene, existen los mecanismos de control constitucional como lo es el juicio de amparo, sin embargo, aun ante el sistema circular jurídico, se presentan vacíos en la ley, lo cual es subsanado a través de la jurisprudencia, que realiza, en sentido general, el Poder Judicial de la Federación. Partiendo de lo expuesto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido jurisprudencia en relación a los niños, niñas y adolescentes, en los términos siguientes:

Hechos: Una asociación civil acudió al juicio de amparo indirecto a impugnar la omisión de las autoridades migratorias federales de diseñar e implementar medidas adecuadas para garantizar el derecho de reconocimiento de la condición de refugiado de niñas, niños y adolescentes integrantes de las denominadas caravanas migrantes que ingresaron por la frontera sur del país. El Juez de Distrito del conocimiento otorgó el amparo, el cual fue materia de estudio de la revisión.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que frente a la hipótesis de una afluencia masiva de migrantes, el parámetro de control establece una obligación en el sentido de constreñir a la autoridad migratoria

a diseñar medidas colectivas o grupales con propiedades y características muy precisas para garantizar la evaluación inicial de los menores de edad, así como adoptar las medidas complementarias con el fin de atender a la colectividad de una manera independiente al procedimiento migratorio.

Justificación: El fundamento de dicha obligación se encuentra previsto en el artículo 22, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual dispone que los niños y las niñas son titulares de un derecho agravado y diferenciado que tiene como correlativo una competencia de ejercicio obligatorio, a saber, la adopción de medidas adecuadas para lograr el reconocimiento de la condición de refugiado y recibir la protección y asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de sus derechos, en distintas leyes nacionales, a saber, la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, la Ley de Migración y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como en las consideraciones que esta Sala adopta como propias contenidas en la Opinión Consultiva OC-21/14 (Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional), emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el diecinueve de agosto de dos mil catorce. Conforme a dicho parámetro, el establecimiento de procedimientos de identificación de necesidades de protección es una obligación positiva de los Estados y el no instituirlos constituiría una falta de debida diligencia. Así, el Estado Mexicano debe permitir el acceso de la niña o el niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial, a partir de lo cual es obligatorio la creación de una base de datos con el registro de las y los niños para una protección adecuada a sus derechos. Ello supone la obligación de diseñar mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o el niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad y de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entidades estatales encargadas de evaluar y brindar las medidas de protección, de conformidad con el principio de interés superior de la niña o el niño. Dichos mecanismos deben cumplir con ciertas garantías mínimas: de seguridad y privacidad, así como encontrarse a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de

entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género; la entrevista se debe realizar en un idioma que la niña o el niño puedan comprender, que sea centrado en las niñas y los niños, sensible al género y asegure su participación, que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar, que reconozca la cultura de la niña o el niño y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares, que provea de un intérprete en caso de ser necesario, que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas, que provea asesoría legal en caso de ser requerida, que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento. La etapa de identificación y evaluación debe tener los siguientes objetivos prioritarios básicos: i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño, y en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma; ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; iii) determinación de la nacionalidad de la niña o el niño, o en su caso, de su condición de apátrida; iv) obtención de información sobre los motivos de salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y, v) adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial.¹⁴

De la premisa válida y verdadera anterior, se deduce que efectivamente las Niñas, Niños y Adolescentes migrantes tienen derecho al juicio de amparo, para constreñir a la autoridad migratoria a diseñar medidas colectivas o grupales con propie-

¹⁴ DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES. FRENTE A LA AFLUENCIA MASIVA DE PERSONAS MIGRANTES, SE DETONA LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE DISEÑAR MEDIDAS COLECTIVAS O GRUPALES PARA GARANTIZAR LA EVALUACIÓN INICIAL DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES, Y DE ADOPTAR MEDIDAS COMPLEMENTARIAS CON EL FIN DE ATENDER A LA COLECTIVIDAD DE UNA MANERA INDEPENDIENTE AL PROCEDIMIENTO MIGRATORIO. TESIS:1a. XXVI/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima época, tomo II, julio de 2022, p. 2305. Reg. 2024912.

dades y características muy precisas, para garantizar la evaluación inicial de los menores de edad, así como adoptar las medidas complementarias con el fin de atender a la colectividad de una manera independiente al procedimiento migratorio y otorgar todos y cada uno de los derecho fundamentales que consagra la CPEUM.

Sin embargo, Ravetllat (2021) sostiene que, “La citada norma, a pesar de contener como uno de sus principios inspiradores el del interés superior del niño y de la niña, no parece, sin embargo, ser capaz de ofrecer respuestas claras y acordes con las verdaderas necesidades que las personas menores de edad extranjeras precisan, muy en particular de las que se encuentran no acompañadas o separadas de sus referentes familiares”. En su análisis propone que:

Siguiendo esa misma línea ya iniciada en 2005, la nueva Ley de Migración y Extranjería viene a garantizar, en su artículo 17, el acceso a la enseñanza preescolar, básica y media de todos los niños, niñas y adolescentes extranjeros establecidos en Chile, en las mismas condiciones que los nacionales, y ello con independencia de su condición migratoria o la de sus padres, o la de las personas que los tengan a su cuidado. Así, si bien esta previsión nos parece acertada desde la perspectiva del acceso al sistema escolar, entendemos que el precepto en cuestión está perdiendo una ocasión única para dar un salto cualitativo e incorporar, junto al acceso, una mención al deber de los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, de establecer las medidas necesarias para facilitar la realización personal y la inclusión social y educativa de todos los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren escolarizados en territorio chileno, entendiendo por inclusión toda acción que proporcione la disminución o eliminación de las barreras para el aprendizaje, la participación y la socialización.¹⁵

¹⁵ Ravetllat Ballesté, Isaac, “Niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile. Comentarios críticos a la Ley de Migración y Extranjería”, 2021, 655-656, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3857-8150>, iravetllat@utalca.cl.

La doctrina coincide con las decisiones tomadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de las diferentes jurisprudencias dictadas, respecto al control de constitucionalidad, para con ello buscar proteger los derechos humanos de las niñas, niños y adolescente con el carácter de migrantes en México, lo anterior, en los términos siguientes:

Huerta afirma que, conforme a la clasificación elaborada por la doctrina, el modelo de control de la constitucionalidad de la ley previsto en la Constitución mexicana se asemeja más al sistema americano que al europeo. Esto se debe en parte, al control previsto en el artículo 133 que se caracteriza por la facultad atribuida a los jueces para inaplicar en un proceso concreto las disposiciones normativas secundarias que contravengan la Constitución para resolverlo. Es un control de tipo difuso de la constitucionalidad, dado que cualquier órgano judicial puede realizarlo.¹⁶

Asimismo, sostiene que, la Suprema Corte ha señalado que el modelo actual de control de constitucionalidad es mixto, se compone, por lo tanto, de un control de la constitucionalidad concentrado e integrado por el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad que se reserva al Poder Judicial federal, y un control incidental de carácter difuso que realizan los jueces del país en términos de los artículos 133 y 1o. constitucionales. A diferencia del control concentrado, el difuso se caracteriza por su dispersión, por lo que corresponde a la jurisprudencia sistematizar los criterios emitidos por los jueces y hacer coherente la aplicación del derecho en el país.¹⁷

¹⁶ Huerta Ochoa, Carla, “El control de la constitucionalidad de la Ley en México”, 2022, 128, DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.47.17525>

¹⁷ Huerta Ochoa, Carla, “El control de la constitucionalidad de la Ley en México”, 2022, 145, DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.47.17525>

CONCLUSIONES

En los EUM, toda persona, es decir, las Niñas, Niños y Adolescentes, con el estatus de migrantes, tiene derecho a la educación, a la educación inicial que es un derecho de la niñez y será responsabilidad del Estado concientizar sobre su importancia, el Estado priorizará el interés superior de niñas, niños, adolescentes y jóvenes en el acceso, permanencia y participación en los servicios educativos, de igual manera, el Estado debe velar por todos los derechos de ellos, aun teniendo el carácter de migrantes.

Es de suma importancia concluir que, el interés superior de la niñez, es un principio constitucional que se debe aplicar, siempre que esté involucrado un derecho humano de las niña, niños o adolescente, al respecto, un Tribunal Colegiado de Circuito se ha pronunciado a través de la jurisprudencia en el sentido siguiente:

Hechos: Los padres de un menor promovieron juicio de amparo indirecto contra actos de la Secretaría de Educación en el Estado de Nuevo León y otras autoridades, de quienes reclamaron la omisión de implementar procesos de acreditación y certificación de los saberes adquiridos fuera de la escuela pública o particular con autorización, esto es, bajo la modalidad de escuela en casa; ello al haber tomado la decisión de que su menor hijo fuera educado bajo esa modalidad y no a través de la educación que brinda el Estado.

Criterio jurídico: El artículo 31, fracción I, de la Constitución Federal establece como obligación de los mexicanos, ser responsables de que sus hijas, hijos o pupilos menores de dieciocho años concurren a las escuelas, para recibir la educación obligatoria; por lo que ante su posible omisión, procede dar vista al titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, a fin de que tome las medidas necesarias para salvaguardar y garantizar el interés superior de la niñez.

Justificación: De conformidad con el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al resolver temas en que se involucren derechos de los niños y las niñas, los juzgadores deben tomar en cuenta aspectos dirigidos a garantizar y proteger su desarrollo, así como el pleno ejercicio de sus derechos. Por tanto, en atención a dicho mandato constitucional,

cuando se advierta una posible vulneración a sus derechos, debe darse vista al titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, con el fin de que, en el ámbito de su competencia, tome las medidas necesarias y pertinentes para salvaguardar y garantizar el interés superior de la niñez.¹⁸

Ahora bien, si la CPEUM no hace distinciones respecto a las personas que protege, se deduce que una niña, niño o adolescente que tenga el estatus migrante, no es impedimento para gozar de los derechos fundamentales que le otorga, por lo que, ante cualquier vulneración a sus derechos, se le debe informar al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, a efecto de subsanar y cubrir las necesidades humanas de una forma digna.

Las Niñas, Niños y Adolescentes, tienen derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, a la protección de la salud, al sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social. Estos sujetos de derechos tienen derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, tienen derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, tienen derecho a la identidad y a ser registrados de manera inmediata a su nacimiento, así mismo, toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa, por tanto, aun con el estatus de migrantes el Estado debe velar porque esos derechos humanos se cristalicen con dignidad en beneficio de ellos.

¹⁸ INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. CUANDO UN ÓRGANO JURISDICCIONAL ADVIERTA UNA POSIBLE VULNERACIÓN A SUS DERECHOS, DEBE DAR VISTA AL TITULAR DEL SISTEMA PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA, CON EL FIN DE QUE TOMÉ LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA SALVAGUARDAR Y GARANTIZAR AQUEL, ESPECÍFICAMENTE EL DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN. IV. I.O.A. 20 A (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima época, tomo III, diciembre de 2022, p. 2723. Reg. 2025647.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado, se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez (por tanto, también los niños migrantes) garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a ellos. Sin embargo, se deduce, que no se está cumpliendo con este principio, lo cual es preocupante y de suma importancia subsanarlo.

De igual forma, toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales, de la misma manera, tienen derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Para esto, el Estado debe destinar áreas como parques, jardines, teatro, escuelas para las niñas, niños y adolescentes con el estatus de migrantes.

Dicho de manera conclusiva, las Niñas, Niños y Adolescentes en México con el estatus de migrantes en la frontera México-Estados Unidos, tienen derecho a todos y cada uno de los derechos citados, independientemente de su estatus migratorio, siendo, sin duda, responsabilidad del Estado, establecer las políticas públicas integrales para concretizar esos derechos. Para lo anterior, se considera que deben participar todos los sectores de la sociedad, el sector público, el sector privado, el sector social, tanto a nivel nacional como internacional, para que con una filosofía humanista se logre alcanzar este ideal.

REFERENCIAS

- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado en 30/01/23 <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Recuperado el 30/01/23 https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/725568/LGDNNA_nva_reforma_230322.pdf
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, Ley de Migración. Recuperada el 2/02/23 <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lmigra.htm>
- Calva Sánchez, L. E., “Perfiles y tendencias en la migración de retorno a México durante la administración de Trump” [Characteristics and trends of return migration to Mexico during the Trumps administration]. *Estudios Fronterizos*, 23, 2022. <https://doi.org/10.21670/ref.2217101>
- Gómez Leyva, C. (s/f). Así tratamos los mexicanos a los inmigrantes hondureños. Recuperado en <https://www.youtube.com/watch?v=RpgbZbtN7Yg>
- Huerta Ochoa, C., “El control de la constitucionalidad de la Ley en México”. 2022, DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.47.17525>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P., *Metodología de la investigación*. Sexta Edición. McGraw Hill Education, 2014. Recuperado en <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>
- Loret de Mola (s/f). Niños migrantes separados de sus padres podrían ser puestos en adopción. Recuperado en <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgzGrcPPGhGDvdMdsPxWFFQPCcxL?projector=1>
- Loret de Mola (s/f). Protestan en Texas por libertad de niños migrantes. Recuperado en <https://mail.google.com/mail/>

- u/0/#inbox/FMfcgzGrcPPGhDwtFbwhlmThJQQfLxWT?projector=1
- Noticias Telemundo, (s/f). Los niños migrantes no acompañados. Recuperado en <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgzGrcPPGhGDvTZJpCDbmhhgFnmQb?projector=1>
- Ravetllat, Isaac, “Niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile. Comentarios críticos a la Ley de Migración y Extranjería”. 2021, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3857-8150>, iravetllat@utalca.cl.
- Sánchez, Alejandro y Sánchez Mendoza, Daffnia Isabel, *Controversias familiares un derecho humano judicializado*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2022.
- Sánchez, Alejandro, *El derecho humano al debido proceso y el acceso a la justicia desde una perspectiva de la praxis civil*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2020.
- Sánchez, Daffne Cecilia, Sánchez Daffnia Isabel, Sánchez Alejandro, *El incidente de suspensión en el amparo indirecto contra un acto de expropiación. Teoría y praxis de un estudio de caso*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2021.
- Sánchez-García, G., Chávez-Santamaría, P., Montenegro Núñez, M. D. C. & Lusk, M. W. (2022). “La migración como fuente de vulneración de los derechos humanos de la niñez” [Migration as a source of violation of children’s rights]. *Estudios Fronterizos*, 22, e106. <https://doi.org/10.21670/ref.2222106>
- Tesis- DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES. FRENTE A LA AFLUENCIA MASIVA DE PERSONAS MIGRANTES, SE DETONA LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE DISEÑAR MEDIDAS COLECTIVAS O GRUPALES PARA GARANTIZAR LA EVALUACIÓN INICIAL DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES, Y DE ADOPTAR MEDIDAS COMPLEMENTARIAS CON EL FIN DE ATENDER A LA COLECTIVIDAD DE UNA MANERA INDEPENDIENTE AL PROCEDIMIENTO MIGRATORIO TESIS: 1a. XXVI/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, Tomo II, julio de

2022, p. 2305. Reg. 2024912 (consultada el 20 de noviembre 2023).

Tesis- INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. CUANDO UN ÓRGANO JURISDICCIONAL ADVIERTA UNA POSIBLE VULNERACIÓN A SUS DERECHOS, DEBE DAR VISTA AL TITULAR DEL SISTEMA PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA, CON EL FIN DE QUE TOME LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA SALVAGUARDAR Y GARANTIZAR AQUÉL, ESPECÍFICAMENTE EL DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN. IV.10.A.20 A (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Tomo III, diciembre de 2022, p. 2723. Reg. 2025647. (consultada el 20 de noviembre de 2023)

Venegas, Juan Pablo. 2021, *Violación de los derechos humanos de las niñas y los niños. El abandono familiar*. México: Editorial Universitaria, Universidad Autónoma de Baja California.

CRÍTICA ONTOLÓGICA AL PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

CARLOS RUZ SALDÍVAR*

PABLO LATORRE RODRÍGUEZ**

RESUMEN

Los derechos humanos son una realidad indiscutible en nuestros días que informan el derecho internacional y permean la gran mayoría de ordenamientos nacionales del mundo. Sin embargo, la construcción gradual de su vertiente teórica no ha resultado sencilla, y aún más difícil su puesta en práctica. Gracias al impulso internacional de los Pactos de 1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), la entelequia devino realidad. El presente ensayo pretende explicar, mediante el método teórico-descriptivo, parte del debate en torno al principio de indivisibilidad de los derechos humanos, centrado en el análisis de los derechos humanos más cuestionados: los económicos, sociales y culturales; los pros y contras de considerarlos como separados, y las posibles ideas que refuerzan la teoría de la indivisibilidad, reconociendo que la progresividad que se adopta en tales derechos para su cumplimiento, en la práctica los divide. Esta investigación sigue una metodología de estudio bibliográfico-doctrinal, donde además se sirve de un paradigma

* Doctor en Derecho por la Universidad Abierta de Tlaxcala (México). Profesor-investigador en la Universidad Veracruzana (México). Miembro del Cuerpo Académico Estudios Institucionales José Ramón Cossío Díaz (UV-CA-307). SNI 1. caruz@uv.mx.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Profesor-investigador en la Facultad de Derecho Mexicali de la UABC (México). Líder del Cuerpo Académico “Paradigmas Constitucionales y Derechos Fundamentales” (UABC-CA-254). SNI 1. platorre@uabc.edu.mx.

holístico del fenómeno jurídico atendiendo también a cuestiones axiológicas, normativas y fácticas.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, principio de indivisibilidad, derecho constitucional, filosofía del derecho.

ABSTRACT

Human rights are an indisputable reality today that inform international law and permeate the vast majority of national systems in the world. However, the gradual construction of its theoretical aspect has not been easy, and its implementation even more difficult. Thanks to the international impulse of the Pacts of 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), the entelequia became a reality. This essay aims to explain, through the theoretical-descriptive method, part of the debate around the principle of indivisibility of human rights, focused on the analysis of the most questioned human rights: economic, social and cultural rights; the pros and cons of considering them as separate, and the possible ideas that reinforce the theory of indivisibility, recognizing that the progressivity that is adopted in such rights for their fulfillment, in practice divides them. This research follows a bibliographic-doctrinal study methodology, where it also uses a holistic paradigm of the legal phenomenon, also taking into account axiological, normative and factual issues.

KEYWORDS: Human rights, principle of indivisibility, constitutional law, philosophy of law.

INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para el reputado jurista italiano Norberto Bobbio,¹ la materialización de los derechos humanos, su protección, respeto y garantía, se cimientan en el consenso político internacional reflejado en la creación del sistema internacional de derechos humanos patrocinado por la Organización de las Naciones Unidas y surgido después de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, la columna vertebral de los derechos humanos la constituyen tres documentos jurídicos de carácter internacional: en primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la ONU en 1948,² y, en segundo lugar, los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos adoptados en 1966,³ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A raíz de esto, paulatinamente se fueron precisando los principios rectores de los derechos recogidos en los citados documentos. Para empezar, no cabe duda alguna respecto de su carácter de universalidad ya desde su concepción original de pretensión global plasmada en el propio nombre de la Declaración de 1948, la cual se autoproclama como “universal”. A continuación, su condición de interdependencia se verá reconocida en la Resolución 421 E (V), adoptada en 1950 por la Asamblea General del organismo internacional referido al señalar que el goce de los derechos civiles y políticos y el de los derechos económicos, sociales y culturales “están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente”.⁴ Más adelante, en 1977, la ONU

¹ Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Gedisa, Barcelona, 2000. p. 119.

² Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. Asamblea General de Naciones Unidas.

³ Resolución 2200A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Asamblea General de Naciones Unidas.

⁴ Resolución 421 E (V), “Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del

detalló en su resolución 32/130 (denominada “Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejora el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”) que “todos los derechos humanos y libertades fundamentales están interrelacionados y son indivisibles”,⁵ consagrando de este modo el principio de indivisibilidad y reafirmando el de interdependencia. Por último, el principio de progresividad aparecía ya en 1966 en el propio Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2 como examinaremos más adelante.

En definitiva, estos cuatro principios rigen y articulan la existencia y actividad de los derechos humanos. Resumidamente, se concretan así:

Principio de universalidad: “Los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual, sin discriminación alguna”.⁶

Principio de interdependencia: “todos los derechos humanos se encuentran vinculados íntimamente entre sí, de tal forma, que el respeto y garantía o bien, la transgresión de alguno de ellos, necesariamente impacta en otros derechos”.⁷

Principio de indivisibilidad: “todos los derechos humanos son infragmentables sea cual fuere su naturaleza”,⁸ de modo que conforman una totalidad, y el respeto y protección a uno conlleva la garantía del conjunto.

Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre”, del 4 de diciembre de 1950. Asamblea General de Naciones Unidas.

⁵ Resolución 32/130, “Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejora el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales” del 16 de septiembre de 1977. Asamblea General de Naciones Unidas.

⁶ Castañeda, Mireya (Coord.), *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016. p. 9.

⁷ Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco: <https://cedhj.org.mx/conocenos/derechos#:~:text=El%20principio%20de%20universalidad%20deviene,por%20el%20simple%20hecho%20de>

⁸ Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco: http://historico.cedhj.org.mx/principios_constitucionales.asp

Principio de progresividad: implica que siempre se debe avanzar en el reconocimiento de los derechos humanos y nunca retroceder ni disminuir en el mismo, además “fundamenta una interpretación extensiva” de éstos.⁹

En México, con la reforma Constitucional del artículo primero realizada en junio del 2011,¹⁰ se incorporaron estos cuatro principios postulados por Naciones Unidas: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.¹¹ Por lo que dichos principios tienen rango constitucional y forman parte de la lógica jurídica de nuestro país.

Estos dos pactos, como veremos más adelante, se separaron por problemas generados en cuanto a su aplicación, en ambos casos, atendiendo a las obligaciones contenidas en los mismos. Su cumplimiento debe darse por los Estados miembros de esos pactos, es decir, aquellos que los hayan firmado y ratificado, que en cada país implica que el órgano dotado de facultades para ello lo apruebe internamente para posteriormente realizar el depósito ante la Organización de las Naciones Unidas e iniciar su vigencia. En México dicha aprobación se da por el Senado de la

⁹ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallarés Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*. Oxford University Press, Ciudad de México, 2016. p.73.

¹⁰ La reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011 introdujo profundas modificaciones. La más importante, por la trascendencia del cambio de modelo que supone, fue la desaparición del término “garantías individuales” y su sustitución por “derechos y garantías”, mucho más acorde con el nuevo paradigma. Además, esta reforma de 2011 incrementó la extensión del artículo en cuatro párrafos más, pasando de uno a cinco, detallando y concretando ampliamente su contenido.

¹¹ Artículo primero párrafo tercero CPEUM: Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

República, atento al contenido de los artículos 76¹² y 133¹³ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y mediante la interpretación del artículo 1 de nuestro máximo ordenamiento, los derechos humanos de fuente convencional son ley suprema en nuestro país y son exigibles tanto por vía administrativa como por la judicial. En otras palabras, son derechos cuyo cumplimiento los ciudadanos mexicanos podemos reclamar directamente ante nuestras autoridades.

Por lo tanto, los derechos humanos no consisten simplemente en una idea, sino que traspasan la condición de mera entelequia para devenir verdaderos derechos justiciables que los poderes públicos de los Estados parte deben cumplir: a través de mecanismos de exigencia en vía administrativa y judicial en el orden interno, y por medio del sistema de protección interamericano, en el externo; por lo que su goce y protección, por lo menos en teoría, se encuentran garantizados en las leyes mexicanas, la Constitución y la fuente convencional.

Reiteramos: cualquier derecho humano de fuente interna o convencional, puede también ser reclamado en fuente externa.¹⁴

¹² Art. 76.1 CPEUM: Son facultades exclusivas del Senado:

Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso.

Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos.

¹³ Art. 133 CPEUM: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

¹⁴ “[...] si el trato que un Estado diera a sus nacionales era en el Derecho Internacional tradicional una cuestión de jurisdicción interna, en el Derecho Internacional contemporáneo ocurre lo contrario, como consecuencia del desarrollo progresivo que el orden internacional ha experimentado en materia de

Dada la circunstancia de su reconocimiento en tratados y convenciones, se colocan en un plano supra estatal el cual permite su reclamo en fuente externa pudiendo llegar incluso a tribunales de carácter internacional. Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional DESCA, quienes otorgan un mecanismo de tutela que puede ser aplicado tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁵

EL PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los aspectos más discutidos en relación a los derechos humanos es el de la indivisibilidad de los mismos. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, afirma que la indivisibilidad es una característica propia porque todos los derechos están relacionados entre ellos, y que para poder ejercerlos se hace necesario la intervención de los otros dada la estrecha relación que existe entre ellos. Por lo

reconocimiento y protección internacional de los Derechos Humanos. Y esto tiene una consecuencia de extraordinario alcance: si bien el sistema internacional sigue siendo el de la sociedad de Estados y la soberanía pervive como principio constitucional del orden internacional, con el reconocimiento de los Derechos Humanos a partir de la Carta y los desarrollos normativos posteriores, el Derecho Internacional penetra progresivamente en el corazón mismo de la soberanía, es decir en la relación entre el Estado y las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, incluidos sus nacionales con lo que el rastro de la soberanía queda remodelado y transformado.” Oreja Aguirre, Marcelino, “Breve introducción sobre el ensanchamiento de los derechos humanos en el derecho internacional”, en Bartlett, Enric R. y Bardají, Ma. Dolores (Eds.), *Del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales a los objetivos del milenio*. Madrid, Bosch Editor. 2007.

¹⁵ Salvioli, Fabián, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro (México), 2020. p. 46.

tanto. De esto se infiere también que no existe una jerarquía de derechos, ya que desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se dejó en claro que todos los derechos humanos, incluyendo los derechos económicos, políticos, civiles, culturales o sociales, tienen la misma importancia y deben ser tratados de esa manera.¹⁶

En palabras de Olivos Campos, el principio de indivisibilidad de los derechos humanos se define como aquel por el que “los derechos humanos no pueden dividirse por un derecho o en una sección de derechos para respetarlos, protegerlos o garantizarlos por las autoridades estatales o los particulares, en tanto son inviolables e inherentes a todo ser humano y derivan de su dignidad” en consecuencia, “la protección, el respeto y garantía por parte de las autoridades y particulares debe ser integral e impedir que en la interpretación que realice el órgano jurídico en su aplicación difiera en su protección”.¹⁷

La idea de la indivisibilidad parte de que ningún derecho puede prescindirse ya que forman una unidad que debe ser respetada en conjunto. Es por ello que su reconocimiento en tratados y otros instrumentos internacionales, así como su consecuente integración en las constituciones nacionales, implica que no queda duda de la admisibilidad (al menos en el plano teórico) de este principio como uno de los principios rectores e informadores de la arquitectura básica que sustenta a los derechos fundamentales.

La Declaración y Programa de Acción de Viena, producto de la Conferencia Mundial en Derechos Humanos celebrada en la

¹⁶ Color, Marycarmen, Carolina Moreno, Gabriela Gorjón Salcedo y Sandra Martínez Platas (Coordinación editorial), *20 Claves para conocer y comprender mejor los derechos humanos*. Ciudad de México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH), 2016. p. 20.

¹⁷ Olivos Campos, José René, *Derechos humanos y sus garantías*. Porrúa. México. 2016. p. 50.

misma ciudad en 1993,¹⁸ reafirmó la vigencia de este principio, y declaraba en su punto quinto que:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.¹⁹

Por supuesto, es opinión generalizada entre la doctrina que los derechos humanos son indivisibles, y se cuenta con amplias opiniones calificadas que así lo sostienen, tanto nacionales como internacionales; entre ellas encontramos algunas tan relevantes como las recién expuestas de Naciones Unidas, y, en el plano nacional destacan las posturas de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México y de la propia Constitución mexicana. En concreto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México, interpretando nuestra constitución al hablar de la indivisibilidad precisa lo siguiente:

Los derechos humanos son interdependientes, es decir están vinculados entre ellos y son indivisibles, que no pueden separarse o fragmentarse unos de otros. Todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales deben comprenderse como un conjunto. Lo anterior, también implica que el goce y

¹⁸ “La conferencia también formuló recomendaciones concretas para fortalecer y armonizar la capacidad de supervisión del sistema de las Naciones Unidas. Instaba a la creación del puesto del Alto Comisionado para los Derechos Humanos por la Asamblea General, [...] Además, la conferencia adoptó nuevas medidas para promocionar y proteger los derechos de las mujeres, los niños y las poblaciones indígenas respectivamente [...] La Declaración y Programa de Acción de Viena marcó la culminación de un largo proceso de revisión y debate sobre el estado de la maquinaria de los derechos humanos en el mundo”. <https://www.ohchr.org/es/about-us/history/vienna-declaration#:~:text=La%20Conferencia%20Mundial%20de%20Derechos, humanos%20en%20todo%20el%20mundo>.

¹⁹ Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

ejercicio de un derecho está vinculado a que se garantice el resto de derechos; así como la violación de un derecho pone también en riesgo los demás derechos.²⁰

La Constitución mexicana (y en general la de cualquier país), mantiene la idea de que los principios constitucionales establecen el sistema sobre el que debe actuar el Estado. Tomando esa idea como premisa, y dado que nuestra constitución así lo considera, todos los derechos humanos tienen el mismo rango y son indivisibles. Marcos del Rosario señala, en ese orden de ideas, lo siguiente:

El principio de indivisibilidad hace referencia a la unidad que poseen los derechos humanos y, en consecuencia, la imposibilidad de que sean susceptibles de una división en su contenido y vigencia. [...] En ese sentido, los derechos deben considerarse de forma absoluta, esto es, que para su adecuado conocimiento y protección se deben estimar en su totalidad.²¹

El principio de indivisibilidad consagrado, como hemos visto *supra*, en el artículo primero párrafo tercero de nuestra Carta Magna, ubica a los derechos humanos (por lo menos en teoría) en un plano de jerarquía superior; el cual, siguiendo la más pura tradición kelseniana, no puede negarse en un sistema constitucional. Es por ello, que, con plena seguridad, se garantizan su cumplimiento y exigibilidad ante las instancias judiciales correspondientes. Doctrinalmente, los derechos económicos, sociales y culturales, de quienes se cuestionan su eficacia e indivisibilidad, no deberían ser los, en palabras de Chueca, “parientes pobres de los derechos humanos”, ya que “en la teoría gene-

²⁰ Castañeda, Mireya. Op. cit. p. 10.

²¹ Del Rosario Rodríguez, Marcos, “Los principios de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad y pro persona en el sistema constitucional mexicano.”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa* (Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa), enero-junio, 2017. p. 9.

ral del Derecho Internacional de los Derechos Humanos queda clara la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los mismos”.²²

La lucha por lograr que todos los derechos humanos (entre ellos los de carácter económico, social, y cultural) sean reconocidos es ardua y difícil, pero doctrinalmente existe un consenso generalizado acerca de sus principios rectores, incluido el de indivisibilidad. En este sentido, la idea de la indivisibilidad como principio fundamental rector de los derechos humanos en su conjunto ha permeado y son muchas las voces que así lo sostienen. Un ejemplo magnífico de ello lo encontramos en quien fuera nombrada en 1997 como Alta Comisionada de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Mrs. Mary Robinson, que también afirmaba lo mismo y además precisaba: “We must finally put aside the tired notion that some rights are somehow more fundamental than others”.²³ Es decir: debemos dejar de lado la agotada noción de que algunos derechos son de alguna manera más fundamentales que otros. Lo cual lleva a sostener que todos están en el mismo nivel, y en consecuencia no se da una jerarquía para considerar a ninguno como prioritario, estando todos ellos ligados y configurándose, por ende, como indivisibles.

LA CUESTIÓN DE LA INDIVISIBILIDAD EN LA PRÁCTICA

Pese a que la idea generalizada que acabamos de exponer predi-

²² Chueca Sancho, Ángel, “Indivisibilidad de los derechos humanos y no devaluación de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2012. p. 13.

²³ Robinson, Mary, “Bread and Ballots: Human Rights Aren’t Divisible”, *The New York Times*, 9 de diciembre de 1998. Obtenido de <https://www.nytimes.com/1998/12/09/opinion/IHT-bread-and-ballots-human-rights-arent-divisible.html?searchResultPosition=8>

ca que los derechos humanos son indivisibles, se plantea un problema de exigibilidad de algunos derechos, particularmente cuando se trata de los derechos de segunda generación, es decir, de los económicos, sociales y culturales. La praxis cotidiana nos desvela que estos derechos no son realmente derechos reclamables, sino más bien objetivos aspiracionales que se buscan alcanzar. La afirmación anterior es una realidad que contradice, en la práctica, el principio de indivisibilidad en cuanto hace a los derechos de segunda generación, tal y como se explicará a continuación.

La idea de que derechos económicos, sociales y culturales son metas por alcanzar y no directamente reclamables fue ampliamente discutida en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, siendo ésta la razón principal por la que su inclusión retrasaba su aprobación. Podemos observarlo nítidamente, cuando en 1950 en *The New York Times* se publicaba lo siguiente en relación a la postura estadounidense al respecto:

the United States repeatedly has warned that the inclusion of the controversial economic rights in particular will delay completion of the pact and may dissuade some members states from signing a treaty that binds them to provide such economic rights as employment as obligatory under law.²⁴

En esencia el texto transcrito señalaba que los Estados Unidos habían advertido que la inclusión de los controvertidos derechos económicos, sociales y culturales retrasaría la finalización del pacto. El bloque soviético, por su parte, se opuso al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya que las encontradas percepciones ideológicas no

²⁴ *The New York Times*, “Human Rights Pact Is Widened By U.N: Assembly Approves Changes to Include Economic, Social and Cultural Freedoms Soviet Proposals Rejected Extension of Complaints”, *The New York Times*, 05 de Dec. de 1950: 24. Obtenido de <https://timesmachine.nytimes.com/timesmachine/1950/12/05/129185442.html?pageNumber=24>

permitían llegar a un acuerdo. Pese a ello, la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, firmó el 18 de marzo de 1968 el Pacto, y ratificó su adhesión el 16 de octubre de 1973. En contraste, los Estados Unidos de América lo firmaron el 5 de octubre de 1977, pero a la fecha no han ratificado su adhesión,²⁵ presumiblemente al considerar que el desarrollo de tales derechos presenta una problemática difícil de llevarlos a la práctica.

Ante los problemas en las Naciones Unidas para crear un pacto que englobara lo que en su momento se consideraron todos los derechos humanos, los cuales condujeron a discusiones sin arreglo entre los países miembros, se arribó a una solución de compromiso: buscando un arreglo positivo se optó por separar los derechos en dos Pactos, creando, pues, dos instrumentos que abordarían los derechos humanos. Por un lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de aplicación mucho menos compleja; y por otro, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los cuales se esperaba una progresiva aplicación. Dadas estas circunstancias, en la práctica, se genera una división real de los derechos humanos, siendo así reconocida de forma tácita por las propias Naciones Unidas, cuando en el mismo texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se proclama en su artículo 2.1, que para lograr tales compromisos se hará de manera progresiva teniendo en cuenta la economía de cada país, cuyos recursos determinarían en qué medida se garantizarán los derechos en cuestión:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga,

²⁵ United Nations Human Rights, “Panel Interactivo de Estado de Ratificación”, United Nations Human Rights. 21 de febrero de 2023. Obtenido de: United Nations Human Rights: <https://indicators.ohchr.org/>

para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.²⁶

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el cual también se abrió su firma y adhesión en la misma fecha que el anterior, a saber, el 16 de diciembre de 1966) no señala una aplicación progresiva ni tampoco lo limita a la economía de los países miembros;²⁷ con lo que se reconoce que dada la complejidad de aprobar los derechos económicos, sociales y culturales, se esperaba un cumplimiento progresivo en la

²⁶ Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Naciones Unidas. 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.

²⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2:

1. *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso

implementación de estos últimos y, por tanto, en la materialización efectiva del Pacto. Se dividía de esta forma el catálogo de derechos humanos reconocidos y garantizados por la Declaración Universal de 1948, desvaneciéndose en la práctica el principio rector de la indivisibilidad de los mismos.

Lo señalado en el párrafo anterior ilustra la dificultad que en la ONU aconteció para llegar a un consenso y para entender a los derechos humanos como indivisibles. Los Estados Unidos aún sostienen la imposibilidad de reconocerlos plenamente y mantienen la postura de su división, tal y como lo expusieron en el 34 periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos en Ginebra, Suiza, el 23 de marzo de 2017:

While we share the broad aims of this resolution, the United States is concerned about a few key points in it. As the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights provides, each State Party undertakes to take the steps set out in Article 2.1 “with a view to achieving progressively the full realization of the rights”. We interpret this resolution’s references to the obligations of States as applicable only to the extent they have assumed such obligations, and with respect to States Parties to the Covenant, in light of its Article 2. The United States is not party to that Covenant, and the rights contained therein are not justiciable as such in U.S. courts”.²⁸

La traducción del párrafo anterior sería la siguiente:

Si bien compartimos los objetivos generales de esta resolución, Estados Unidos está preocupado por algunos puntos clave de ésta. Tal como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cada Estado Parte se compromete a tomar las medidas establecidas en el artículo 2.1 “con miras a lograr progresivamente la plena realización de los dere-

²⁸ U.S. Mission to International Organizations In Geneva. 23 marzo 2017. Obtenido de: <https://geneva.usmission.gov/2017/03/23/u-s-explanation-of-position-on-the-realization-of-economic-social-and-cultural-rights/>

chos”. Interpretamos las referencias de esta resolución a las obligaciones de los Estados como aplicables únicamente en la medida en que hayan asumido tales obligaciones, y con respecto a los Estados Partes del Pacto, a la luz de su Artículo 2. Estados Unidos no es parte de ese Pacto, y los derechos contenidos en él no son justiciables como tales en los tribunales estadounidenses.

El problema por el cual los Estados Unidos de América todavía no se adhieren al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es que éste incluye derechos tales como una alimentación y vivienda adecuada, educación, servicios de salud, seguridad social, trabajo, agua y saneamiento, entre otros; los cuales implican costos importantes que difícilmente pueden ser cubiertos por los Estados parte, o que no están dispuestos a llevar a cabo para acometer su implementación. El propio Pacto lo reconoce, y señala que semejantes derechos tienen una realización progresiva. Al establecer una diferencia en su aplicación y entender lo complejo de llevarlos a cabo, en la praxis, los derechos humanos sí devienen divisibles, convirtiéndose el principio de su indivisibilidad en un ejercicio de ficción meramente teórico.

Citando nuevamente a Robinson, la otrora Alta Comisionada de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, apreciamos de sus declaraciones una crítica a quienes cuestionaban la consideración de los derechos económicos sociales y culturales como derechos absolutos, concibiéndolos como objetivos aspiracionales. Para ella, los derechos humanos no pueden ser divisibles porque, según lo interpretaba, la defensa de un derecho no quita la promoción de otro y, además, los distintos países no podrían alegar la falta de recursos para eludir sus obligaciones; asumiendo, sin embargo, que el logro de esos derechos debía emprenderse de forma progresiva y, también, que no existía jerarquía alguna entre los distintos derechos.²⁹

La idea que postulaba la diplomática irlandesa presenta una

²⁹ Robinson. Op. cit. 1998.

contradicción al señalar que los derechos económicos no son divisibles y pueden exigirse a los Estados, pero admitiendo a la vez, en los propios términos de la convención, que son progresivos. La progresividad de estos derechos se fundamenta en las capacidades económicas de cada Estado, pero quienes defienden la postura de su indivisibilidad no toman en cuenta que todos los países mantienen una serie de compromisos internacionales de carácter económico que impiden el pleno goce de tales derechos. Entre los problemas inherentes a dicha dificultad debemos de considerar las obligaciones con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, así como las emisiones de deuda interna en todos los países, y que en muchas ocasiones la generación de empleos se basa en procesos de déficit interno, lo que agrava a corto y mediano plazo el cumplimiento de objetivos de dichos derechos económicos. Se deben sumar, además de las obligaciones económicas con organismos internacionales, u otros factores de la economía global, los acuerdos comerciales, sanciones en paneles de controversia, así como eventos naturales, entre ellos: sequías, plagas, inundaciones, terremotos, erupciones volcánicas, asuntos demográficos, políticos, medioambientales y de cambio climático, entre otros tantos que pueden colapsar los planes de desarrollo de cualquier país. Por consiguiente, considerarlos indivisibles pareciera ser una apreciación colectiva irracional ante los fríos números del Producto Interno Bruto (PIB) de cada Estado.

Por otra parte, la idea de que no existe jerarquía entre los derechos humanos nos aboca además a una controversia: el problema de resolver qué derecho aplicar cuando entran en conflicto dos derechos fundamentales. Un ejemplo clásico es el de la libertad de expresión, del cual sostenemos válidamente que es un derecho poder expresar libremente nuestras ideas, pero, ¿qué sucede cuando esa libertad atenta contra la dignidad de otra persona? ¿Cómo conjugar ambas ideas y decidir qué derecho debe prevalecer cuando ambos tienen la misma fuente y la misma jerarquía?

Moreso, citado por Comanducci, señala que muchos principios constitucionales:

... pueden ser concebidos como normas derrotables —es decir que pueden ser superadas, desplazadas por otros principios, pero no derogadas o anuladas, como le pasa en cambio, a una regla cuando entra en conflicto con otra regla y es superada por esta—. Los conflictos entre normas derrotables pueden ser resueltos, según Moreso, de una manera racional: es decir, que la solución puede ser racionalmente fundamentada y controlada, y por eso también prevista.³⁰

La solución del conflicto de derechos humanos incompatibles no se resuelve por la jerarquía de la norma en sí, pero sí se pondera qué norma prevalece en función de la posible afectación y, por tanto, una de ellas será derrotada en pro del derecho humano que deba prevalecer en la mínima afectación, aunque en cierto modo sí implique una jerarquía de la protección judicial, más no de las normas puestas en debate, las cuales siguen conservando su plano de igualdad.

El problema de la jerarquía de las normas se hace más fácil de entender y explicar acudiendo al recurso de la ponderación, empero el problema de la indivisibilidad de los derechos humanos, sobre todo los de carácter económico y social, es una cuestión doctrinal más difícil de explicar y admitir. Si aceptamos la corriente en boga de que son indivisibles, debemos de cerrar los ojos a los problemas de su aplicación y exigibilidad, los cuales dependen de la capacidad económica del Estado. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver un asunto en el que el núcleo era el derecho a la alimentación, fue contundente al señalar:

... la obligación de facilitar, la cual exige al Estado promover la creación de programas necesarios a fin de fortalecer el acceso a una alimentación adecuada, siempre que su capacidad económica lo permita.³¹

³⁰ Comanducci, Paolo, *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

³¹ Derecho a la alimentación. Garantías para su protección, 2016.

Concluimos con este ejemplo como el cumplimiento efectivo del derecho se subordina a la posibilidad fáctica de llevarlo a cabo, siendo esta la razón que prevalece en el fondo del incumplimiento práctico del principio rector de indivisibilidad de los derechos humanos: los derechos se terminan priorizando en función de necesidades pragmáticas.³²

CONCLUSIÓN

El problema de la indivisibilidad en relación con la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es un tema espinoso en el cual la doctrina resulta incompatible con la *praxis* de los derechos humanos. Los principios rectores de los mismos constituyen una herramienta fundamental en la construcción de su virtualidad iusfilosófica. En definitiva, se trata de una ficción intersubjetiva que hace que la entelequia devenga realidad. Sin embargo, en la aplicación real de los derechos humanos, observamos cómo éstos sí son divisibles. Los dos argumentos más nítidos que encontramos del incumplimiento en la práctica del principio rector de indivisibilidad de los derechos humanos son los siguientes:

- La aprobación por separado, en dos instrumentos jurídicos distintos, del catálogo de derechos consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- La aceptación en el propio Pacto de Derechos Económicos,

³² “Priorities, where necessary, should adhere to core concepts (such as reasonable attempts at progressive realization) and principles (such as non-discrimination, equality and participation”. Ball, Olivia; Gready, Paul, *The No-Nonsense Guide to Human Rights. New Internationalist*, Oxford, 2006. p. 42.

Sociales y Culturales de la materialización de los derechos en él contenidos en función de “los recursos de que disponga [el Estado en cuestión], para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados [...], la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, condicionando de este modo su realidad a su implementación progresiva, y subordinando la misma a los recursos variables dedicados por cada Estado en particular.

En resumen, si incluso la propia ONU admite de forma implícita la divisibilidad de los derechos humanos, ¿cómo explicar la extendida doctrina en torno al mantenimiento del principio de indivisibilidad? Tal vez la respuesta se encuentre en la imposición de valores generalizados y en la forma en la cual los individuos nos comportamos en sociedad. Si el consenso teórico de las Naciones Unidas es que los derechos humanos son indivisibles (pese a su aceptación tácita de lo contrario), y, siguiendo esa línea, los Estados parte los aprobaron e incluyeron en sus principios constitucionales, entonces éstos se convierten en dogmas que dejamos de cuestionar y asumimos automáticamente. Es en este punto cuando más oportunas aparecen las palabras de Asch, quien, citado por Milgram, señalaba: “[...] un porcentaje muy grande de sujetos prefería estar de acuerdo con la opinión del grupo que aceptar la evidencia inconfundible de sus propios ojos”.³³ Pedimos perdón al lector: en la práctica, los derechos humanos sí son divisibles.

³³ Milgram, Stanley, *Obediencia a la autoridad. El experimento Milgram*. Traducido por Javier Goitia. Madrid: Capitán Swing Libros, S.L., 2021. p.168.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina:

- Ball, Olivia; Gready, Paul, *The No-Nonsense Guide to Human Rights*. Oxford, New Internationalist, 2006.
- Bartlett, Enric R. y Bardají, Ma. Dolores (Eds.), *Del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales a los objetivos del milenio*. Madrid, Bosch Editor. 2007.
- Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona, Gedisa, 2000.
- Castañeda, Mireya (Coord.), *Los principios de Universalidad, Interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016.
- Chueca Sancho, Ángel, “Indivisibilidad de los derechos humanos y no devaluación de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Argentina, 2012.
- Comanducci, Paolo, *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- Del Rosario Rodríguez, Marcos, “Los principios de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad y pro persona en el sistema constitucional mexicano”. *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa* (Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa), enero-junio, 2017.
- Gorjón Salcedo, Gabriela y Martínez Platas, Sandra (Coords.), *20 Claves para conocer y comprender mejor los Derechos Humanos*. México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH), 2016.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires (Argentina), Eudeba, 2020.

- Milgram, Stanley, *Obediencia a la autoridad. El experimento Milgram*. Madrid, Capitán Swing Libros, 2021.
- Olivos Campos, José René, *Derechos humanos y sus garantías*. México, Porrúa. 2016.
- Ramírez García, Hugo Saúl y Pallarés Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos*. Ciudad de México, Oxford University Press, 2016.
- Salvioli, Fabián, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*. México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Normativa:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.
- Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF 10/06/2011
- Naciones Unidas. Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.
- Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales». Naciones Unidas. 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.
- Naciones Unidas. Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. <https://documents-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/046/82/PDF/NR004682.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas. Resolución 2200A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Naciones Unidas. Resolución 32/130, del 16 de septiembre de 1977. <https://www.un.org/es/documents/ag/res/32/ares32.htm>

Naciones Unidas. Resolución 421 E (V), del 4 de diciembre de 1950. <https://daccess-ods.un.org/tmp/3170122.50423431.html>

Jurisprudencia:

Derecho a la alimentación. Garantías para su protección. 2a. XCV/2016 (10a.) Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, página 838, septiembre de 2016. Obtenido de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012523>

Otras fuentes:

Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco: http://historico.cedhj.org.mx/principios_constitucionales.asp

Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco: <https://cedhj.org.mx/conocenos/derechos#:~:text=El%20principio%20de%20universalidad%20deviene,por%20el%20simple%20hecho%20de>

<https://www.ohchr.org/es/about-us/history/vienna-declaration#:~:text=La%20Conferencia%20Mundial%20de%20Derechos,humanos%20en%20todo%20el%20mundo.>

Robinson, Mary, «Bread and Ballots: Human Rights Aren't Divisible». *The New York Times*, 9 de diciembre de 1998. Obtenido de <https://www.nytimes.com/1998/12/09/opinion/IHT-bread-and-ballots-human-rights-arent-divisible.html?searchResultPosition=8>

The New York Times, «Human Rights Pact Is Widened By U.N: Assembly Approves Changes to Include Economic, Social and Cultural Freedoms Soviet Proposals Rejected Extension

of Complaints.» The New York Times, 05 de Dec. de 1950: 24. Obtenido de <https://timesmachine.nytimes.com/timesmachine/1950/12/05/129185442.html?pageNumber=24>

U.S. Mission To International Organizations In Geneva. «U.S. Mission To International Organizations In Geneva» 23 marzo 2017. Obtenido de: <https://geneva.usmission.gov/2017/03/23/u-s-explanation-of-position-on-the-realization-of-economic-social-and-cultural-rights/>

United Nations Human Rights. «Panel Interactivo de Estado de Ratificación». United Nations Human Rights. 21 de Febrero de 2023. Obtenido de: United Nations Human Rights: <https://indicators.ohchr.org/>

LA LUCHA CONSTANTE DEL CONTRIBUYENTE POR LA OBTENCIÓN DE UNA CITA EN EL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

EMIGDIO JULIÁN BECERRA VALENZUELA*
ELIZABETH GARCÍA ESPINOZA**
DAVID ÁLVAREZ GARCÍA***

SUMARIO: I. Resumen II. Introducción. III. Delimitación de la problemática. IV. Breve análisis del artículo 1 Constitucional. V. El Servicio Público. VI. La Administración Desconcentrada de Servicios al Contribuyente y los desafíos tecnológicos. VII. Complicaciones cotidianas del Contribuyente. VIII. Consideraciones finales. IX. Fuentes consultadas.

RESUMEN

El presente trabajo es uno de los productos de dos líneas de investigación amplias que se desarrollan en la Universidad

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Derecho Mexicali, Maestro en Ciencias Jurídicas por la misma institución educativa, Doctor en Derecho por el Centro Universitario de Baja California, alumno Doctorando en la Universidad de La Habana, República de Cuba; actualmente Profesor de Tiempo Completo Ordinario de Carrera Titular C, Abogado Certificado por la ANADE, fundador e integrante del Cuerpo Académico Investigaciones en Derecho Administrativo: UABC-CA-303.

** Contador Público por la Universidad Autónoma de Baja California. Cuenta con estudios de Maestría en Contaduría, Especialidad en Administración Financiera y Especialidad en Fiscal por esta casa de estudios. Es profesor ordinario de carrera adscrita a la Facultad de Derecho, ocupando actualmente el cargo de administradora de esta unidad académica. Asimismo, es asociada del Cuerpo Académico Investigaciones en Derecho Administrativo, registrado ante la Subsecretaría de Educación Superior.

*** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Derecho Mexicali, Maestro en Ciencias Jurídicas por la misma institución educativa, Doctor en Derecho; actualmente Abogado General de la UABC, y colaborador del Cuerpo Académico Investigaciones en Derecho Administrativo: UABC-CA-303.

Autónoma de Baja California sobre derecho administrativo y derecho fiscal, en las que participan los coautores. El objetivo de este estudio es reflexionar sobre las múltiples dificultades que enfrenta el contribuyente para poder tener acceso a una cita en la página electrónica y así poder realizar diversos procedimientos administrativos como lo son: inscribir nuevas empresas, reactivar firmas electrónicas ya vencidas, generar firmas electrónicas para personas físicas que no la tenían y que por sus nuevas actividades empresariales la requieren, liquidar empresas, entre otras.

Para la realización de esta ponencia se utilizó el método teórico-jurídico que permite identificar a lo largo de todo el proceso investigativo, los principios, directrices y elementos medulares, de las teorías y doctrinas que dan sustento a la esencia del servicio público.

Del mismo modo, fue requerido el método analítico jurídico teniendo en cuenta la coherencia del ordenamiento jurídico aplicable al caso en concreto, así como la perspectiva multifactorial de los fenómenos del Derecho, este método permite valorar el marco jurídico actual de la Administración Desconcentrada de Servicios al Contribuyente en pos de contribuir al cumplimiento de sus fines. La técnica de investigación científica consistió en la recopilación y análisis de documentos. Esta técnica se aplicó a documentos jurídicos que comprendieron el texto constitucional, leyes, reglamentos, estadística y estudios doctrinales de diversos juristas peritos en la materia.

Lo anterior, con la finalidad de poder comprobar la siguiente hipótesis: la accesibilidad a los servicios que presta la Administración Desconcentrada de Servicios al Contribuyente del Servicio de Administración Tributaria, como lo puede ser la obtención de una cita para diversos procedimientos administrativos, no está al alcance y sencillez de cualquier contribuyente inscrito y no inscrito al registro federal de causantes.

PALABRAS CLAVE: Cita, Contribuyente, Procedimiento

Administrativo, Servicio de Administración Tributaria, Servicios al Contribuyente, Servicio Público.

ABSTRACT

The present work is one of the products of two broad research lines being developed at the Universidad Autónoma de Baja California on administrative law and tax law, in which the co-authors are involved. The objective of this study is to reflect on the multiple difficulties that taxpayers face in accessing an appointment on the electronic platform to carry out various administrative procedures, such as: registering new companies, reactivating expired electronic signatures, generating electronic signatures for individuals who did not have them and now require them due to their new business activities, liquidating companies, among others. For the development of this presentation, the theoretical-legal method was used, allowing the identification throughout the entire research process of the principles, guidelines, and core elements of theories and doctrines that support the essence of Public Service. Likewise, the legal-analytical method was employed, taking into account the coherence of the legal framework applicable to the specific case, as well as the multifactorial perspective of legal phenomena. This method enables the assessment of the current legal framework of the Administración Desconcentrada de Servicios al Contribuyente to contribute to the fulfillment of its purposes. The scientific research technique involved the collection and analysis of documents. This technique was applied to legal documents that included the constitutional text, laws, regulations, statistics, and doctrinal studies by various expert jurists in the field. The purpose of the above was to verify the following hypothesis: the accessibility to the services provided by the Decentralized Administration of Taxpayer Services of the Tax Administration Service, such as obtaining an appointment for various administrative procedures, is not within the reach and simplicity of any

registered or unregistered taxpayer in the federal taxpayer registry.

KEYWORDS: Appointment, Taxpayer, Administrative Procedure, Tax Administration Service, Taxpayer Services, Public Service.

INTRODUCCIÓN

El fin del presente ensayo estriba principalmente en reflexionar sobre las diversas complicaciones que enfrenta el contribuyente para conseguir una cita en la página electrónica y en aplicativo CitaSAT. En efecto, el Servicio de Administración Tributaria mantiene un sistema de citas que a la fecha se ha convertido en una especie de juego de “azar”, pues la autoridad libera citas sin seguir un patrón de horario o día, y todo esto ha provocado un gran rezago de trámites entre empresas y negocios del sector formal a nivel regional y nacional.¹

A la fecha hay miles de ciudadanos que todos los días a diversas horas intentan obtener una cita sin tener resultado positivo; inclusive, hay contribuyentes que consiguen citas en ciudades de la república donde no son residentes ante la imperiosa necesidad de hacer un trámite, asumiendo los costos y riesgos de los traslados, de allí que resulte ineludible una opinión desde la doctrina del Derecho Administrativo.

DELIMITACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

En un primer plano se debe recordar que constitucionalmente tenemos la obligación de contribuir de manera proporcional y

¹ Rodríguez Antonio, en <https://www.elfinanciero.com.mx/monterrey/antonio-rodriguez-si-el-sat-supiera/>, consultado el 8 de abril de 2022.

equitativamente al gasto público de la Federación, Estados, Municipios y Ciudad de México, conforme dispongan las leyes fiscales, tal obligación la encontramos contemplada en el artículo 31 fracción IV² de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para una mejor apreciación del lector se transcribe el contenido del citado artículo constitucional en la parte aplicable a tema del presente trabajo.

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Asimismo, el artículo 27 del Código Fiscal de la Federación,³ contempla de manera clara que en materia del Registro Federal de Contribuyentes se está obligado entre otras a: solicitar la inscripción en el registro federal de contribuyentes, manifestar al registro federal de contribuyentes el domicilio fiscal, solicitar el certificado de firma electrónica avanzada. Se transcribe el contenido del artículo antes mencionado en la parte que nos interesa de la siguiente manera:

Artículo 27. En materia del Registro Federal de Contribuyentes, se estará a lo siguiente:

.....

B. Catálogo general de obligaciones:

I. Solicitar la inscripción en el registro federal de contribuyentes.

.....

III. Manifestar al registro federal de contribuyentes el domicilio fiscal.

² Vid. Artículo 31 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf, consultada el 20 de abril de 2023.

³ Vid. Artículo 27 inciso B, fracciones I, III y IV, del Código Fiscal de la Federación, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFE.pdf>, consultada el 20 de abril de 2023.

IV. Solicitar el certificado de firma electrónica avanzada.

Ahora bien, para el cumplimiento irrestricto por parte de los contribuyentes de las obligaciones señaladas en los párrafos anteriores, el Gobierno Federal de conformidad a lo establecido en el artículo 31 fracción XI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,⁴ confiere la facultad de cobro a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, lo anterior de la siguiente manera:

Artículo 31.- A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

XI.- Cobrar los impuestos, contribuciones de mejoras, derechos, productos y aprovechamientos federales en los términos de las leyes aplicables y vigilar y asegurar el cumplimiento de las disposiciones fiscales;

Para tal efecto, con la finalidad de mejorar los servicios y la eficacia recaudatoria, el Gobierno Federal mexicano para el año de 1995 crea un órgano desconcentrado dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a saber: el Servicio de Administración Tributaria, el cual en el artículo 2 de su Ley norma rectora, establece que tiene la responsabilidad de aplicar la legislación fiscal y aduanera con el fin de que las personas físicas y morales contribuyan proporcional y equitativamente al gasto público, de fiscalizar a los contribuyentes para que cumplan con las disposiciones tributarias y aduaneras, de facilitar e incentivar el cumplimiento voluntario de dichas disposiciones, y de generar y proporcionar la información necesaria para el diseño y la evaluación de la política tributaria.⁵

⁴ Vid. Artículo 31 fracción XI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOAPF.pdf>, consultada el 20 de abril del 2023.

⁵ Vid. Artículo 2 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/93_041218.pdf, consultada el 20 de

El órgano desconcentrado mencionado en el párrafo que antecede a su vez, confiere las facultades de atención, procedimientos administrativos de inscripción, altas y bajas al registro federal de causantes entre otras a la Administración General de Servicios al Contribuyente conforme a lo establecido en el artículo 32 del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria.⁶

De la interpretación armónica al marco normativo citado con anterioridad, podemos concluir que el contribuyente mexicano para poder cumplir correctamente sus obligaciones de naturaleza fiscal, debe solicitar necesariamente en más de una ocasión el auxilio técnico que brinda el Servicio de Administración Tributaria por conducto de la Administración General de Servicios al Contribuyente; sin embargo, en la actualidad hemos sido testigos del desabasto de citas que en el portal electrónico de éste existe, lo que conlleva a tener un nulo acceso a la atención de un servicio público que están obligados a prestar para el alta en el registro federal de causantes.

BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1 CONSTITUCIONAL

La reforma contemporánea más importante en materia de Derechos Humanos en México, se publicó el 10 de junio de 2011, el punto nodal de esta reforma se centró en las modificaciones realizadas al primer precepto de nuestra carta magna. Esta reforma tuvo como antecedente la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Rosendo Radilla vs Los Estados Unidos Mexicanos,⁷ emitida el

abril de 2023.

⁶ Vid. Artículo 32 del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla/n154.pdf>, consultada el 20 de abril del 2021.

⁷ Cfr. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Convocatoria a Audiencia Pública. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2009, Puntos Resolutivos primero a cuarto.

23 de noviembre de 2009. Esta sentencia, y debemos decirlo así, sacudió la impartición de justicia en México, a tal nivel, que puede afirmarse, estamos en presencia de un antes y un después.

Una de las primeras respuestas del Estado mexicano, fue esta trascendente reforma constitucional que partió desde el cambio de nombre de garantías individuales a derechos humanos y el reconocimiento explícito a todos los mandatos internacionales sobre estos derechos. Esta reforma textualizó el primer precepto constitucional en los siguientes términos:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.⁸

⁸ Vid., Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al referirse a esta trascendente reforma, Joaquín Gallegos Flores, expone que el “artículo primero constitucional reformado es un referente ineludible en el marco normativo de los derechos humanos. Esto porque repercute en los más variados aspectos de interés en la materia, que discurren desde el nombre de los derechos y su distinción de las garantías, hasta aspectos sobre su interpretación basada en el principio pro persona, los principios que los rigen y las obligaciones que generan para las autoridades”.⁹ En el mismo sentido, Pedro Salazar sostiene que la reforma constitucional de 2011 “reconoce los derechos humanos que le son naturales a cada ser humano y que, por tener esta naturaleza, se incluyen en ellos a las personas que contribuyen al sostenimiento de los gastos públicos de los gobiernos federales y locales. Por tanto, los derechos humanos a partir de la reforma en cuestión constituyen límites del poder político del Estado”.¹⁰

Con referencia a Luigi Ferrajoli, Alejandro Saiz Arnaiz explica que “el peso que le otorga la Constitución a los derechos humanos hace imperativo el estudio a profundidad de los tratados internacionales en la materia y sobre todo su interpretación auténtica por parte de los órganos internacionales encargados de hacerlo. Esto debido a que, como menciona Ferrajoli: ‘en la actualidad ninguno de los problemas que afectan al futuro de la humanidad puede ser resuelto, y ninguno de los valores de nuestro tiempo puede ser realizado, fuera del horizonte del derecho internacional’”.¹¹

En efecto, esta trascendente reforma, y hay que repetirlo, modificó la forma de administrar justicia en México, con una nueva filosofía de justicia que parte desde sus principios hasta el

⁹ Gallegos, Flores, Joaquín, *El control difuso de convencionalidad, y su ejercicio por los jueces federales*, UABC, 2017, en trámite, p. 56.

¹⁰ Salazar, Pedro, *La democracia constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 18.

¹¹ Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. Artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 50 y 51.

cambio de denominación, con la sustitución de los términos de garantías individuales por el de los derechos humanos y sus garantías. Esto, para algunos autores, explica la pertinencia de la nueva denominación, determinando su significación y alcance para sus principales destinatarios.¹²

El mandato constitucional con esta reforma, exige a “todas las autoridades en el ámbito de su competencia tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.¹³ Se debe reconocer, que estos principios ya tenían su precedente en el año 1993, en la Convención Mundial de Derechos Humanos se aprobó la Declaración y Programa de Viena, que en su numeral 5 precisó “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”.¹⁴ Esto se traduce en el deber de asegurar a los gobernados el disfrute de los derechos humanos, deber que se adquiere, inicialmente, a partir de que los gobernantes asumen la titularidad del poder público, en sus distintas vertientes competenciales.

¹² En el lenguaje jurídico-normativo el vocablo “garantía” inicialmente se inscribe en el ámbito del Derecho Público, utilizando un esquema equiparable, distinguiendo, por una parte, la existencia de Derechos Básicos, cuya titularidad corresponde a los individuos que conforman el elemento humano del Estado y, por la otra, la existencia de obligaciones correlativas a cargo de las diversas autoridades que, en sus respectivas esferas de competencia, ejercen el poder estatal, en los términos previstos por el ordenamiento jurídico aplicable. Dicho esquema cobra sentido bajo la perspectiva filosófico-política de la corriente humanista, que se nutre con las doctrinas contractualistas, cuyos principales exponentes clásicos, con sus respectivos matices, han sido Thomas Hobbes, John Locke y J. J. Rousseau, en cuanto que el Estado es una organización jurídico-política creada en beneficio y para el servicio de sus habitantes, considerados tanto individual como colectivamente. Leyva Mendivil, Rafael, en la ponencia “Armonización del texto constitucional mexicano, con la terminología del derecho internacional de los Derechos Humanos”, México, pp. 5 y 6.

¹³ Artículo 1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁴ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*, México, CNDH, 2016, pp. 3-5.

Del examen comparativo de este primer precepto de la Carta Magna mexicana, antes y después de la reforma, se puede colegir un cambio sustancial en su contenido, toda vez que la nueva disposición constitucional con referencia expresa al concepto de *derechos humanos*, relativo a su reconocimiento, así como a las *garantías* que se desprenden de los mismos, con las exigencias impuestas a partir de los principios y el criterio interpretativo y aplicación de la ley, impone una nueva manera de impartir justicia. Este primer precepto constitucional mandata además que “todas las personas gozarán de los derechos humanos, reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como las garantías para su protección cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en el caso y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.¹⁵

Otro punto destacable de la reforma constitucional en materia de derechos humanos es lo referente a la exigencia de los criterios de interpretación, de los derechos humanos, mandado en el segundo párrafo del artículo primero constitucional al consagrar la interpretación conforme. Es decir, toda autoridad de México al aplicar la norma jurídica deberá interpretarla “de conformidad a la constitución y a los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.¹⁶ Este principio pro-persona, da nacimiento a un nuevo paradigma en la impartición de la justicia en México.

Cabe ratificar, que, en todo acto de autoridad, se deberán respetar los derechos humanos, no solo los que consagra el texto constitucional mexicano, sino los también consagrados en los tratados internacionales de los que México sea parte.

¹⁵ Tal es así, que al momento de determinar los Derechos Humanos que se encuentran vigentes en el país, ya no basta con revisar el texto de la Constitución Política mexicana como se solía hacer antes de la reforma, ya que, a partir del 10 de junio del 2011, es necesario acudir a todos y cada uno de los tratados internacionales que en materia de Derechos Humanos haya celebrado México.

¹⁶ Artículo 1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

EL SERVICIO PÚBLICO

Para el desarrollo del presente trabajo se considera necesario analizar previamente el concepto y elementos distintivos del de Servicio Público, que como sabemos es un eje medular del Derecho administrativo, el cual ha sido una construcción típicamente de la doctrina francesa, y del Derecho francés fue importada a España y esta a su vez traída a América Latina por conducto de la doctrina científica, legislación y jurisprudencia.

En efecto, la escuela tradicional francesa considera a la noción de “servicio público” como fundamento, justificación y límite de la función administrativa, hay que agregar a otros representantes de la escuela del servicio público entre ellos, los destacados juristas Gaston Jéze y Roger Bonnard. El principio base de este pensamiento se expresa en la idea fundamental de “Negar los supuestos derechos de soberanía y de poder público y de afirmar que lo único que existe en el estado son individuos gobernantes con deberes de servir la causa de la solidaridad social”.¹⁷

En efecto, para la determinación del servicio público y sus elementos esenciales se parte de la escuela de Burdeos, en la corriente del pensamiento de León Duguit, relativa a su teoría del servicio público.

Para el ilustre jurista León Duguit, el servicio público es “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención gubernamental”.¹⁸

Como se puede observar en este concepto, se enfatiza la

¹⁷ Duguit, León, *Traité de Droit Constitutionell*, en Fraga Gabino, 48 Ed, *Derecho Administrativo*, México, Ed. Porrúa 2018, p. 21-23

¹⁸ Idem, p. 22

seguridad de la prestación de la actividad y el carácter indispensable para ver cristalizado la interacción del gobernado con la administración pública, situación que desde nuestra óptica se pone en riesgo al haber nula posibilidad de acceder a una cita en el portal electrónico del Servicio de Administración Tributaria.

De igual manera para Gastón Jéze, en su obra *Les principes généraux du droit administratif*, define al servicio público como la piedra angular del derecho administrativo “para dar satisfacción regular y continua a una categoría de necesidades de interés general”.¹⁹

En este concepto claro y sencillo, podemos resaltar los elementos de regularidad y continuidad que caracterizan al servicio público, y que la unión de ambos constituyen el objetivo fundamental de satisfacer una necesidad de interés general; en efecto así lo es, sin embargo, en el caso de estudio que nos ocupa, el contribuyente busca por diversos métodos, horarios y estrategias, la obtención de una anhelada cita para un servicio que desde la doctrina y la ley debe ser regular y continuo, ya que requiere de ello para cumplir con sus obligaciones constitucionales de pago de contribuciones, no obstante, en la realidad esto constituye una verdadera pesadilla para el contribuyente ya que la constante es que no hay citas disponibles.

Otro autor que abona al estudio del concepto en análisis, lo es el tratadista Roger Bonnard, que en su obra *Précis élémentaire de droit administratif*, determina que “los servicios públicos son organizaciones que forman la estructura misma del Estado”.²⁰ Bajo esta consideración y en relación al tema de estudio, queda claro que el Servicio de Administración Tributaria por conducto de la Administración General de Servicios al Contribuyente, forman parte fundamental de la estructura del Estado mexicano, ya que a ellas se les encomienda el registro y

¹⁹ Idem, p. 22

²⁰ Idem.

actualización del padrón de contribuyentes, sin embargo, ponen en riesgo dicha actualización al no tener el suficiente número de citas que requiere la población mexicana. Así pues, se puede afirmar que en estos conceptos se centran la esencia de la función administrativa del Estado.

En esta misma tesis, el maestro español Fernando Garrido Falla asevera que el servicio público consiste en un: “servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial”.²¹ En este concepto se adhieren los términos técnico, regular y constante, resulta por demás evidente que en el caso que nos ocupa el servicio que se debe prestar al contribuyente es sumamente especializado y técnico, lo que no es evidente es la regularidad y la constancia para la obtención de citas, ya que el Servicio de Administración Tributaria no obstante sus esfuerzos de modernización y ampliación en los horarios de atención, sigue con un desabasto preocupante en la oferta de citas para que los contribuyentes puedan darse de alta, modificar o actualizar su firma electrónica entre otras.

En la doctrina tradicional también podemos localizar la opinión de Maurice Hauriou quien en su destacada obra *Précis de droit administratif et de droit public*, citada por el maestro Andrés Serra Rojas asevera que el servicio público es: “un servicio técnico ofrecido al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una unidad colectiva y por una organización pública”.²² Como se puede advertir los autores Maurice Hauriou y Fernando Garrido Falla coinciden en los elementos de la regularidad y continuidad como fundamentales para el desarrollo del servicio público.

²¹ Garrido Falla, Fernando, “El concepto de servicio público en derecho español”. *Revista de administración pública*, 1994, no 135, pp. 7-36.

²² Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Ed. Porrúa, 2016, p. 112

Una vez habiendo analizado el concepto de servicio público, se procederá a realizar lo conducente respecto a los caracteres esenciales del mismo. En ese sentido es importante hacer mención al trabajo investigativo del doctor Jorge Fernández Ruiz, quien afirma que se integran por: “generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad.”²³

Coincidimos con el maestro, en que el servicio público debe estar dotado de caracteres jurídicos esenciales sin los cuales pierde su esencia y finalidad: la generalidad, que se determina por la posibilidad de su otorgamiento a toda persona sin más límite que la capacidad del propio servicio. En el caso que nos ocupa es evidente que existe una clara limitante en la capacidad del Servicio de Administración Tributaria para ofrecer de manera general el servicio de altas al registro federal de causantes y expedición de firma electrónica, lo que genera evidentemente una incertidumbre al obligado tributario para el cumplimiento de la norma jurídica tributaria.

Asimismo, el doctor Jorge Fernández Ruiz determina que la igualdad la podemos identificar al trato igual o uniforme, sin discriminación a todos los usuarios del servicio, es decir: “sin que ello impida establecer diversas clases de categoría de usuarios, siempre y cuando, dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en ella.”²⁴ En el caso de estudio específico, consideramos que la igualdad se pone en riesgo, ya que solo pueden tener acceso al servicio personalizado de la Administración General de Servicios al Contribuyente aquellos que tuvieron la fortuna de encontrar una cita habilitada; o bien, aquellos que pueden trasladarse a otra ciudad que tenga citas

²³ Fernández Ruiz, Jorge, *Los servicios públicos y su control en el orden jurídico mexicano*, en Fernández Ruiz, Jorge (Coordinador general) y Teresita Rendón Huerta Barrera (Coordinadora Académica), *El derecho administrativo ante la crisis actual del estado liberal*, México, Ed. Porrúa, Universidad de Guanajuato, Lito-Grapo, 2018. p. 62.

²⁴ Ídem, p. 62

disponibles, y no todos los que encuadran en la hipótesis normativa o cumplen con los requisitos legales.

Por su parte la regularidad del servicio público, como otra de sus características, es que debe cumplirse conforme al sustento jurídico que la regula y la periodicidad que determine la norma. El elemento de continuidad, se caracteriza por el hecho de que no debe interrumpirse en los tiempos y circunstancias previstos por su regulación.²⁵ Si bien es cierto, en el caso que nos interesa el servicio no se ha interrumpido, también cierto es, que acceder a él por parte de los contribuyentes se ha convertido en un reto que implica horas diurnas, nocturnas o mixtas, ya que no existe certeza de cuándo y en qué momento se habilitarán citas.

Respecto a los elementos del servicio público, para que este se integre y constituya, el doctor Jorge Fernández Ruiz afirma, que se integran por: la prestación, las personas o lo que se llama el universo potencial de usuarios; la necesidad de estas personas; la intervención estatal; el prestador del servicio; la actividad técnica; los recursos, y naturalmente el régimen jurídico o normativa reguladora.²⁶

Con criterio similar, el maestro Andrés Serra Rojas afirma que los elementos del servicio público se integran por: “una actividad técnica, su finalidad de satisfacer una necesidad colectiva realizada por el estado o por excepción por los particulares y bajo un régimen jurídico especial.”²⁷ En efecto, en concordancia con los autores citados, en el caso que nos ocupa, se identifica un servicio público que requiere como elementos para su

²⁵ Olmeda García, Marina del Pilar, Becerra Valenzuela, Emigdio Julián, “Servicios públicos municipales, desafíos de su cumplimiento frente a los derechos humanos”, en *500 años del municipio en México perspectivas multidisciplinarias*, primera edición, Universidad de Guanajuato, p. 233.

²⁶ Fernández Ruiz, Jorge, *Los servicios públicos y su control en el orden jurídico mexicano*, en, Fernández Ruiz Jorge y Teresita Rendón Huerta Barrera, *El derecho administrativo ante la crisis actual del Estado liberal*, México, Ed. Porrúa, Universidad de Guanajuato, Lito-Grapo, 2018, pp. 63-64.

²⁷ Ídem, p. 112

constitución: una necesidad colectiva (el pago de contribuciones), la finalidad de satisfacer esta necesidad (el alta en el registro federal de causantes), una actividad técnica (la obtención de la firma electrónica) y la responsabilidad del estado de atender esta necesidad colectiva directamente o bajo un régimen especial (la normatividad constitucional, administrativa y fiscal señalada con anterioridad).

LA ADMINISTRACIÓN DESCONCENTRADA DE SERVICIOS AL CONTRIBUYENTE Y LOS DESAFÍOS TECNOLÓGICOS

El Servicio de Administración Tributaria es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que tiene la responsabilidad de aplicar la legislación fiscal y aduanera, con el fin de que las personas físicas y morales²⁸ contribuyan de manera proporcional y equitativa al gasto público; asimismo cuenta con la facultad de fiscalizar a los contribuyentes para que cumplan con las disposiciones tributarias y aduaneras. De igual manera tiene la responsabilidad de facilitar e incentivar el cumplimiento voluntario, así como generar y proporcionar la información necesaria para el diseño y la evaluación de la política tributaria.²⁹

El Servicio de Administración Tributaria nació a la vida jurídica de nuestro país el 1 de julio de 1997, cuando el licenciado Ernesto Zedillo Ponce de León era el titular del Ejecutivo Federal, y su primer titular fue el licenciado Tomás Ruiz González, (en aquel entonces era denominado presidente, hoy en día la máxima autoridad del Servicio de Administración Tributaria se le denomina “Jefe”).

²⁸ Vid. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 31 fracción IV.

²⁹ Ocampo Medina, Carlos, *Origen y evolución del SAT, Puntos finos*, México, ed. Especial, 2012, p. 24.

Es importante hacer hincapié que, en los últimos años, el Servicio de Administración Tributaria ha impulsado la modernización en sistemas, infraestructura, arquitectura institucional y capital humano, lo que ha simplificado el cumplimiento de obligaciones fiscales y como consecuencia se ha incrementado la recaudación a niveles sin precedente.³⁰

En los últimos tiempos el gobierno federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en coordinación con su órgano desconcentrado, el Servicio de Administración Tributaria, han implementado políticas económicas tendientes a mejorar la actividad recaudatoria del estado, con la finalidad de satisfacer las múltiples necesidades que tiene el Estado mexicano. No pasa desapercibido que la reforma fiscal tiene como finalidad conforme a su exposición de motivos, mayor y eficiente recaudación, con políticas tendientes a evitar la evasión de impuestos,³¹ sin embargo, se considera que es un reto aún pendiente de alcanzar.

Unos de los ejemplos de la modernización en los sistemas son: la Declaración en Línea, la Firma Electrónica Avanzada, Clave de Identificación Electrónica Confidencial y la Facturación Electrónica, son solo por mencionar algunos, por esa razón en algunos de los casos el contribuyente ya no tiene que desplazarse hasta las oficinas de este órgano desconcentrado para hacer sus trámites, ya que, incluso puede recibir orientación por medios remotos, a través de teléfono, chat y redes sociales; sin embargo, en la fecha actual, no todos los contribuyentes pueden tener acceso a una cita en el portal electrónico.

Es de destacarse por otra parte, que unas de las políticas públicas del gobierno federal la constituye la ética pública en el desempeño de los servidores públicos e instituciones, con la

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Senado de la República, *Reforma en materia fiscal*, consultado el 15 de mayo de 2018, http://sil.gobnacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2016/04/asun_3366414_20160420_1460483636.pdf

finalidad de erradicar de la percepción que tienen los contribuyentes de un sistema tributario corrupto, ineficiente y sesgado al interés de ciertos grupos, “por esa razón el Servicio de Administración Tributaria trabaja día con día para mejorar su reputación e imagen pública, por lo que ha hecho ‘suyo los valores que se traducen como la honestidad, respeto, compromiso y responsabilidad’”,³² nos queda claro que se ha trabajado mucho en el aspecto ético de este organismo, sin embargo, nos parece poco ético e irresponsable que ante la falta de citas para acceder a un servicio público que está obligado a prestar, orille al contribuyente a trasladarse a otras ciudades fuera de la circunscripción territorial de su unidad desconcentrada para poder tener la atención personalizada.

Ahora bien, el Servicio de Administración Tributaria para el despacho de los asuntos de su competencia, cuenta con diversas unidades administrativas saber: Administración General de Recaudación, Administración General de Aduanas, Administración General de Auditoría Fiscal Federal, Administración General de Auditoría de Comercio Exterior, Administración General de Grandes Contribuyentes, Administración General de Hidrocarburos, Administración General de Servicios al Contribuyente, Administración General Jurídica, Administración General de Planeación, Administración General de Recursos y Servicios, Administración General de Comunicaciones y Tecnologías de la Información, Administración General de Evaluación, lo anterior de conformidad con el artículo 2 de su Reglamento interior.

En la misma tónica, el artículo 32 del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria, confiere a la Administración General de Servicios al Contribuyente la competencia para prestar, a través de diversos canales de atención a los contribuyentes, los servicios de asistencia y orientación,

³² Domingo Hernández, Carlos Tello, “Sobre la reforma tributaria en México”, *Economía UNAM*, México, volumen 7, número 21, 2004, p. 47.

auxiliarlos en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, aduaneras y de comercio exterior, así como darles a conocer sus derechos, entre otras.

En razón de lo anterior, el Servicio de Administración Tributaria tiene más de una década implementando procesos constantes de adaptación tecnológica para procedimientos y fiscalización, algunos con eficacia y con resultados positivos como lo puede ser algunos trámites administrativos que pueden realizarse desde la fuente del empleo e inclusive desde el hogar.

Asimismo, es justo mencionarse que con la entrada en vigor de la firma electrónica, declaraciones en línea y factura electrónica, la autoridad administrativa ha adecuado sus sistemas de atención y cumplimiento a contribuyentes, sin embargo, también es justo establecer que los pequeños, medianos y grandes contribuyentes, en su objetivo de preservar su actividad económica y fuentes de empleo, se han reinventado adoptando nuevas formas de operar con base en tecnología y atención a domicilio de clientes.

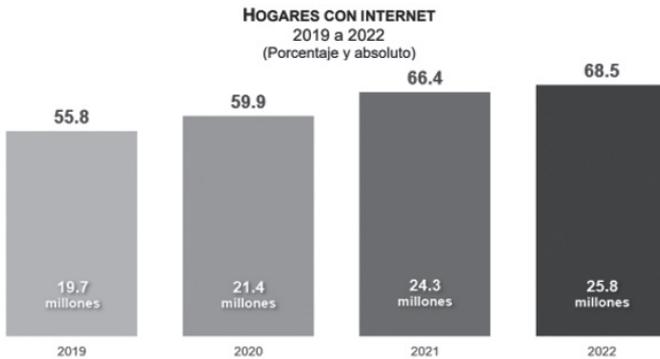
No obstante lo anterior, para algunos procesos necesarios para la operatividad de empresas y contribuyentes se continua requiriendo la presencia física en las oficinas de las Administraciones Desconcentradas de Servicios al Contribuyente para la realización de dichos procesos, a saber: iniciar nuevas empresas, reactivar firmas electrónicas ya vencidas, generar firmas electrónicas para personas físicas que no la tenían y que por sus nuevas actividades empresariales la requieren, liquidar empresas, entre otras.

No pasa desapercibido que ya desde hace algunos años el Servicio de Administración Tributaria ha tomado la decisión de atender contribuyentes en sus oficinas por citas, poniéndolos a disposición en su portal www.sat.gob.mx, situación que se cree positiva y abona a la eficacia y a la eficiencia del servicio; sin embargo, no debemos dejar pasar que en este país tan desigual en el que vivimos para el año 2022, el 36.3% que equivale a 46.8 millones de mexicanos viven en pobreza, y el 7.1% equivalente

a 9.1 millones de mexicanos viven en pobreza extrema,³³ conforme a los datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.

Asimismo, se ha buscado mejorar tecnológicamente los procedimientos administrativos impulsando los medios electrónicos; sin embargo, a la fecha existen personas sin las herramientas básicas de la lectura y escritura, ya que para el año 2020, el 4.7% de los mexicanos no saben leer ni escribir,³⁴ datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

De igual manera, para el año 2022, el 43.6% de los mexicanos contaban con computadora como herramienta de desarrollo humano e intelectual,³⁵ y en el año 2022, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de TIC en Hogares (ENDUTIH) por sus siglas, arrojó que el 68.5% tenía acceso a internet, sirve de apreciación gráfica la siguiente imagen:



³³ Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición de la Pobreza*, consultado el 18 de septiembre de 2023, <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>

³⁴ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Analfabetismo*, consultado el 18 de septiembre de 2023, <https://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P>.

³⁵ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta nacional sobre disponibilidad y uso de tecnologías de la información en los hogares, consultado el 18 de septiembre de 2023, https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/ENDUTIH/ENDUTIH_22.pdf.

Ahora bien, para julio de 2023, el Servicio de Administración Tributaria contaba con un padrón de 83,659,123 contribuyentes activos, de los cuales 31,890,104 son personas físicas, 2,408,496 personas morales, 89,628 grandes contribuyentes (PF), 49,258,051 asalariados (PF), y 12,844 Grandes Contribuyentes.³⁶

Como se puede observar, en los Estados Unidos Mexicanos la autoridad hacendaria ha apostado por mejorar la eficacia recaudatoria con base en la modernización de los procedimientos administrativos utilizando el internet y la computación; sin embargo, los números que arrojan los censos sobre el número de personas que no tienen acceso a las tecnologías, a una computadora y al internet, son a la fecha tristemente amplios, de allí que la accesibilidad a estos medios electrónicos sigue siendo un desafío en nuestro país.

COMPLICACIONES COTIDIANAS DEL CONTRIBUYENTE

Como se puede observar, en los Estados Unidos Mexicanos, la autoridad hacendaria tiene la obligación de prestar un servicio de calidad, gratuito, permanente, que respete los Derechos Humanos de los ciudadanos, para que estos a su vez contribuyan de manera proporcional y equitativa en sus obligaciones fiscales; sin embargo, en la actualidad, acceder a una cita es realmente una odisea.

No obstante, lo anterior, el Servicio de Administración Tributaria mantiene firme e ineficiente el sistema de citas, ya que a la fecha esto se ha convertido preocupantemente en un juego de “suerte”, pues la autoridad libera citas sin seguir un

³⁶ Servicio de Administración Tributaria, Datos abiertos, consultado el 18 de septiembre de 2020, http://omawww.sat.gob.mx/cifras_sat/Paginas/datos/vinculo.html?page=giipTipCon.html

patrón de horario o día, todo esto ha provocado un gran rezago de trámites entre empresas y negocios del sector formal a nivel regional y nacional.³⁷

Es evidente que esto genera diversas complicaciones de variada naturaleza, cada cita atrasada repercute económicamente en la actividad nacional de alguna u otra manera: imposibilidad de facturar o de cobrar de un contribuyente, alguna(s) fuente(s) de empleo que no se puede(n) crear o formalizar, no cumplir con alguna declaración fiscal con la posibilidad de incurrir en multas, por mencionar algunas.³⁸

Es importante señalar que el servicio público que ofrece la Administración General de Servicios al Contribuyente debe ser prestado con eficacia y eficiencia de manera continua y permanente, ya que el Código Fiscal de la Federación, no condiciona dicho servicio a tener cita o no.

Es justo también señalar que a través de un comunicado de prensa foliado 024/2021 y fechado el 11 de febrero de 2021, el Servicio de Administración Tributaria informó sobre el incremento en disponibilidad de citas y la ampliación de horarios de atención en todo el país y a partir del lunes 15 de febrero, el horario de las oficinas de atención serán los siguientes lunes a jueves de 9:00 a 16:00 horas y viernes de 9:00 a 15:00 horas.³⁹

No obstante lo anterior, resulta por demás evidente que a la fecha hay una problemática por la insuficiencia de citas para la creación y renovación de la firma electrónica en todo el país, dado que existe una gran demanda y aún se presentan muchos problemas para obtenerlas.

En el caso específico de la Administración Desconcentrada

³⁷ Rodríguez, Antonio, en <https://www.elfinanciero.com.mx/monterrey/antonio-rodriguez-si-el-sat-supiera/>, consultado el 20 de abril del 2021.

³⁸ *Ibidem*, op cit supra.

³⁹ Vid. *El economista*, ¿Cuáles serán los horarios de atención del SAT a partir del 15 de febrero de 2021?, consultado el 20 de abril del 2021, <https://www.economista.com.mx/economia/SAT-ampliara-sus-horarios-de-atencion-a-partir-del-15-de-febrero-20210211-0081.html>

de Baja California “1”, realmente es un viacrucis para que el contribuyente pueda obtener una cita, ya que desde que el Servicio de Administración Tributaria implementó el semáforo de disponibilidad de atención en módulos y oficina hasta la semana comprendida del 11 al 15 de septiembre del 2023, siempre le correspondió el color amarillo o rojo que significa que había disponibilidad media (de 11 a 20 días hábiles) o baja (de más de 21 días hábiles).

Esperemos que pronto el Servicio de Administración Tributaria atienda eficientemente este problema, ya que su correcto funcionamiento es vital para la reactivación económica del país, que es lo que todos deseamos.

CONSIDERACIONES FINALES

La obligación constitucional de contribuir de manera proporcional y equitativa al gasto público conforme dispongan las leyes fiscales, debe ser para el ciudadano mexicano un procedimiento sencillo, ágil, eficiente, que deje la tranquilidad que sus impuestos se destinarán a satisfacer las necesidades individuales, colectivas y sociales, todo ello desde el inicio, es decir desde su inscripción al registro federal de contribuyentes.

La Administración General de Servicios al Contribuyente del Servicio de Administración Tributaria como órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es competente para prestar a través de diversos canales de atención a los contribuyentes, los servicios de asistencia y orientación, auxiliarlos en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, aduaneras y de comercio exterior, así como darles a conocer sus derechos. Siendo así, debe de poner mayor atención en la accesibilidad, eficacia y eficiencia de su sistema electrónico de obtención de citas, ya que de allí se deriva el cumplimiento de sus funciones y facultades.

Se reconoce el esfuerzo que ha hecho el Servicio de

Administración Tributaria por ofrecer servicios públicos de calidad y excelencia, sin embargo, también es de reconocerse que a la fecha no cuenta con la capacidad humana ni tecnológica para brindar un servicio continuo y permanente a todos los contribuyentes del país.

El servicio público que ofrece la Administración General de Servicios al Contribuyente por conducto de sus unidades administrativas desconcentradas debe respetar los elementos básicos de generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad que propone y determina la doctrina como fundamentales.

Esperamos que pronto la Administración General de Servicios al Contribuyente tome en cuenta a los miles de contribuyentes que buscan todos los días y a todas horas una cita para cumplir con sus deberes ciudadanos, mismos que en ocasiones han conseguido citas en estados de la república donde no son residentes, ante la improrrogable necesidad de hacer un trámite a pesar de costos y riesgos de los traslados.

FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

Comisión Nacional de Derechos Humanos, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos”, México, CNDH, 2016.

Domingo Hernández, Carlos Tello, “Sobre la reforma tributaria en México”, *Economía UNAM*, México, volumen 7, número 21, 2004.

Garrido Falla, Fernando. El concepto de servicio público en derecho español. *Revista de administración pública*, 1994.

Fernández Ruiz, Jorge, “Los servicios públicos y su control en el orden jurídico mexicano”, en Fernández Ruiz, Jorge y Teresita Rendón Huerta Barrera (Coordinadores), *El derecho administrativo ante la crisis actual del estado liberal*,

- México, Ed. Porrúa, Universidad de Guanajuato, Lito-Grapo, 2018.
- Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 48 ed., México, Ed. Porrúa, 2018.
- Gallegos Flores, Joaquín, *El control difuso de convencionalidad, y su ejercicio por los jueces federales*, UABC, 2017, en trámite.
- Leyva Mendivil, Rafael, del 30 de octubre al 1 de noviembre del 2013, en la ponencia “Armonización del texto constitucional mexicano, con la terminología del derecho internacional de los Derechos Humanos”, México, presentada en el Seminario Reflexiones Universitarias sobre los Derechos Humanos organizado por la UABC, en el Teatro Universitario de la Unidad Tecate.
- Ocampo Medina, Carlos, “Origen y evolución del SAT”, México, *Puntos Finos*, ed. Especial, 2012.
- Olmeda García, Marina del Pilar, Becerra Valenzuela Emigdio Julián, “Servicios públicos municipales, desafíos de su cumplimiento frente a los derechos humanos”, en *500 años del municipio en México, perspectivas multidisciplinarias*, primera edición, Universidad de Guanajuato.
- Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. Artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- Salazar, Pedro, *La democracia constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Ed. Porrúa, 2016.

Normativas

- Caso Radilla Pacheco vs. México. Convocatoria a Audiencia Pública. Resolución de la presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2009, Puntos Resolutivos primero a cuarto.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917, entrada en vigor el 1 de mayo de 1917, reformada el 10 de junio de 2011.

Código Fiscal de la Federación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1981.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 1976.

Ley del Servicio de Administración Tributaria, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de diciembre de 1995.

Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria, publicado el 24 de agosto de 1995.

Electrónicas

Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición de la pobreza*, en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>, Consultado el 18 de septiembre de 2023.

El Economista, en <https://www.economista.com.mx/economia/SAT-ampliara-sus-horarios-de-atencion-a-partir-del-15-de-febrero-20210211-0081.html>, consultada el 20 de abril del 2021.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Analfabetismo*, en <https://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P>. Consultado el 18 de septiembre de 2023.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta nacional sobre disponibilidad y uso de tecnologías de la información en los hogares*, https://www.inegi.org.mx/contenidos/sala-deprensa/boletines/2023/ENDUTIH/ENDUTIH_22.pdf., consultado el 18 de septiembre de 2023

Rodríguez, Antonio, en <https://www.elfinanciero.com.mx/monterrey/antonio-rodriguez-si-el-sat-supiera/>, consultado el 20 de abril de 2021.

Senado de la República, Reforma en materia fiscal, disponible en: <http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/>

Documentos/2016/04/asun_3366414_20160420_1460483636.pdf, consultado el 15 de mayo de 2018.

Servicio de Administración Tributaria, Datos abiertos, en http://omawww.sat.gob.mx/cifras_sat/Paginas/datos/vinculo.html?page=giipTipCon.html, consultada el 18 de septiembre de 2023.

PLANEACIÓN TERRITORIAL EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS BÁSICOS EN LOS ASENTAMIENTOS IRREGULARES DEL MUNICIPIO DE SAN LUIS POTOSÍ, CASO ZONA PONIENTE

CARLOS EDUARDO PÉREZ SANTILLANA*
VIOLETA MENDEZCARLO SILVA**

RESUMEN

En el presente estudio se aborda el derecho a la vivienda digna, mismo que se encuentra reconocido en nuestra Carta Magna como en diversos ordenamientos y tratados internacionales, no obstante, existe una falta de vivienda en condiciones mínimas de habitabilidad, convirtiéndose en uno de los problemas más latentes en diversas urbes, tal es el caso en el municipio de San Luis Potosí, pues en dicha ciudad los asentamientos humanos

* Egresado de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, experiencia de 3 años en la administración pública, abogado postulante y actualmente Maestrante en Derecho Constitucional y Amparo por parte del Posgrado de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Ha colaborado en la publicación de libro *Estado constitucional: La evolución de sus principios* desde 1917, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, UASLP, editorial CENEJUS, agosto del 2021; asimismo ha participado en diversos cursos en materia administrativa, electoral y de derechos humanos.

** Abogada y maestra en Administración de Impuestos por la UASLP. Desde 2005 articulista de la revista Nuevo Consultorio Fiscal de la UNAM. Profesora de tiempo completo para el área de Derecho Fiscal de la Facultad de Derecho “Abogado Ponciano Arriaga Leija” de la UASLP, desde 2010. Doctora en Derecho por la Universidad de Nayarit, con Mención Honorífica en enero de 2016. SNI Nivel I. Líder del Cuerpo Académico Estado Constitucional y Derechos Emergentes. Profesora del Núcleo Académico Básico de la Maestría Interdisciplinaria en Ciudades Sostenibles, miembro del Comité Académico de la Maestría en Derecho Constitucional y Amparo. Actualmente es coordinadora de la licenciatura en derecho de la UASLP. Premio Nacional a la Investigación Jurídica ANFADE 2023. violeta.mendezcarlo@uaslp.mx

irregulares se encuentran ante diversas condiciones deficientes en su viviendas, principalmente en temas de servicios públicos, ello en virtud que no son abastecidos de la mejor manera posible, ante este altercado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que las desventajas de los asentamientos informales son innumerables, siendo estos: inseguridad en la tenencia, construcción de habitaciones precarias, déficit de servicios básicos y de infraestructura, riesgo ambiental y sanitario, amenazas de desalojos.

PALABRAS CLAVE. Derecho a la vivienda digna, asentamiento humano irregular.

ABSTRACT

In this study, the right to decent housing will be addressed, which is recognized in our Magna Carta as in various international regulations and treaties, however, there is a lack of housing in minimum habitable conditions, becoming one of the problems most latent in various cities, such is the case in the municipality of San Luis Potosí, since in said city the irregular human settlements are faced with various deficient conditions in their homes, mainly in matters of public services, due to the fact that they are not supplied in the best possible way, in the face of this altercation the Inter-American Court of Human Rights has stated that the disadvantages of informal settlements are innumerable, these being: insecurity in tenure, construction of precarious housing, deficit of basic services and infrastructure, environmental risk and health, threats of evictions.

KEYWORDS. Right to decent housing, irregular human settlement.

INTRODUCCIÓN

De manera aparente el desarrollo urbano y el ordenamiento territorial, suelen vincularse con cuestiones técnicas y urbanísticas, lo cual en estricto sentido es así; sin embargo, pocos conocen la gran incidencia que tienen éstas en la satisfacción de derechos humanos. Es decir, el diseño de la ciudad debe estar estrictamente relacionado con la garantía de las prerrogativas de las personas en múltiples dimensiones tales como la ambiental, la seguridad personal, la propiedad, la seguridad jurídica, la perspectiva de género, entre otras, mismas que de manera general tienen una estrecha relación con la atención al derecho humano de vivienda digna.

En este sentido, la planeación de las ciudades debe atender —adicionalmente a las características geoespaciales— a la problemática social actual, así como a la naturaleza jurídica y a las bases constitucionales. Ello implica aprovechar las ventajas existentes y establecer estrategias para atender los problemas comunes, con el fin de aumentar la calidad de vida de la población, así como mejorar la eficiencia y el funcionamiento de la ciudad en su conjunto.

Por lo tanto, es de suma importancia que todos los instrumentos normativos de planeación de la ciudad contengan una visión de satisfacción del derecho humano de vivienda digna, pues tal prerrogativa se interrelaciona de manera directa con otros derechos humanos, por virtud del principio de interdependencia. Puede decirse que, al estar cubierto cabalmente el derecho a la vivienda, por consecuencia directa se satisfacen otros de gran relevancia.

De ahí que la presente investigación tiene por objetivo establecer la correlación entre una inadecuada vigilancia de la planeación territorial en la conformación de asentamientos humanos irregulares y su consecuente carencia de infraestructura pública, demostrando como tal correlación depaupera el goce del derecho humano a la vivienda digna en el caso concreto del municipio de San Luis Potosí.

La metodología utilizada es de carácter mixto, en tanto que se llevará a cabo un análisis documental de la normativa nacional e internacional que regula dicho derecho y posteriormente se realiza un análisis de la situación de los habitantes de los asentamientos irregulares de Mesa de Conejos, Escalerillas, Casablanca y Pozuelos, y más adelante haciendo uso de la aplicación de encuestas y adicionalmente se realizan una serie de entrevistas a expertos para establecer con base en sus experiencias profesionales, la correlación entre la inadecuada planeación y la carencia de elementos para la vivienda digna.

EL DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA EN EL CONCIERTO INTERNACIONAL (SISTEMA UNIVERSAL)

En nuestro país, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 11 de junio de 2011, en varios numerales de la Carta Magna se han consignado numerosos derechos, tal es el caso del artículo 4to, ya que en éste se encuentra el reconocimiento de igualdad entre hombres y mujeres, el derecho a la alimentación, a la salud, a un medio ambiente sano, al agua, a la vivienda, a la personalidad e identidad personal, entre otros.

Ahora bien, el maestro Gregorio Peces-Barba conceptualiza a los derechos humanos como:

la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.¹

¹ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, 4ta

Asimismo, el maestro Eusebio Fernández en su obra *El problema del fundamento de los derechos humanos* señala a los derechos humanos como el hecho de que:

toda persona posee unos derechos morales por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el derecho y el poder político, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Estos derechos son fundamentales, es decir, se conciben estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad.²

Como puede observarse, en ambas definiciones encontramos que los Derechos Humanos son derechos naturales, pero que éstos deben ser protegidos por el Estado a través de un sistema jurídico.

En el presente trabajo se abordará el derecho humano a una vivienda digna ya que este derecho no solo consiste en que el Estado proporcione a la sociedad de una vivienda, sino que ésta debe ser adecuada de acuerdo a la región en que se ubique, sin discriminar a ninguna persona, lo anterior se encuentra fundado en el artículo 4o constitucional, establece que: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.³

La mayoría de las personas pueden dar definiciones de manera subjetiva de lo que significa para ellos la vivienda digna, pues cada uno tendrá un concepto según su experiencia vital, el nivel desarrollo social, su cultura, su entorno físico y hasta la religión en el que se desenvuelvan; sin embargo, dicho factor no debe ser un obstáculo para su conceptualización.

edición, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1984, p. 66.

² Fernández, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en *Anuario del Instituto de Derechos humanos*, 1981. Madrid, Editorial Universidad Complutense de Madrid, 1981.

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4

En otros casos, la sociedad entiende al derecho humano de vivienda digna como la obligación del Estado de proveer casas gratuitas a la ciudadanía que contenga los mínimos necesarios para su supervivencia.

Si bien, esta última idea puede contener elementos que se acercan a la definición real del derecho humano que nos atañe, no es esta concepción la más idónea para entender la vivienda digna; pues su concepto como derecho humano no es atinente al nivel económico de las personas, y tampoco resulta ser aquella que se analice a partir de una supuesta obligación estatal de otorgar vivienda gratuita, siendo así que su análisis va más allá, como a continuación se plasma:

Primeramente, es necesario conocer el significado gramatical de Vivienda Digna y para ello encontramos que la Real Academia Española, la define en los siguientes términos:

“Vivienda

Del lat. vulg. *vivenda ‘cosas con que o en que se ha de vivir,’ y este del lat. vivendus ‘que ha de vivirse’, gerundivo de vivĕre ‘vivir.

1. f. Lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas.

2. f. desus. Género de vida o modo de vivir.⁴

Digno, na

Del lat. dignus.

1. adj. Merecedor de algo.

2. adj. Correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo.

3. adj. Que tiene dignidad o se comporta con ella.

4. adj. Propio de la persona digna.

5. adj. Dicho de una cosa: Que puede aceptarse o usarse sin desdoro. Salario digno.

Vivienda digna.

6. adj. De calidad aceptable. Una novela muy digna.⁵

⁴ *Diccionario de la Real Academia Española*, actualización 2020.

⁵ *Diccionario de la Real Academia Española*, actualización 2020.

Al unir estos conceptos gramaticales, se puede definir a la vivienda digna como un “lugar cerrado propio al cual puede ser habitado por un determinado número de personas a modo de vivir”; sin embargo, ello no permite entender a cabalidad su significado como derecho humano, pues dicha conceptualización también aparece limitada.

Por otro lado, el sociólogo Julio A. del Pino Artacho en su obra *Aproximación sociológica a la vivienda secundaria litoral*, define a la vivienda como:

La vivienda es un espacio social de gran importancia para un ser, vivido larga e intensamente por los individuos y los grupos, especialmente los hogares. De forma análoga a como la familia se convierte en unidad social, como grupo primario esencial para las personas y para la sociedad, así la vivienda se constituye en unidad socioespacial fundamental para el individuo y para el sistema socioespacial en general.⁶

Ahora bien, retomando lo señalado en el artículo cuarto constitucional en que se aborda el derecho a la vivienda, y en concordancia con el numeral 133 constitucional, que coloca a los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte como ordenamientos que integran la Ley suprema de la Unión, los mismos se constituyen como el parámetro de control de regularidad constitucional. Ello significa que gracias al artículo 133, el derecho a la vivienda debe encontrarse debidamente tutelado en diversas leyes, mismas que se analizarán a más adelante.

En el plano de la legislación internacional sobre derechos humanos, el reconocimiento del derecho humano a la vivienda se desarrolla en una amplia gama de instrumentos internacionales, tales como tratados, declaraciones, acuerdos, recomendaciones, resoluciones, tal y como puede verse en la tabla número 1:

⁶ Pino, Julio, “Aproximación sociológica a la vivienda secundaria litoral”, *Scripta Nova, Revista electrónica geografía y ciencias sociales*. Universidad de Barcelona, vol. VIII, núm. 146, Barcelona, 2003.

Tabla 1. Instrumentos internacionales de regulación del derecho humano a la vivienda digna

Instrumentos Internacionales	Obligatoriedad
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.	Vinculante.
Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales.	Vinculante.
Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.	Vinculante.
Convención sobre los Derechos del Niño.	Vinculante.
Convención para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes.	Vinculante.
Observación General núm. 4 (1991) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas	Vinculante.
Observación General núm. 7 (1997) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas	Vinculante.

Fuente: Pérez Santillana, Carlos Eduardo, 2022.

De esta amplia cantidad de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, encontramos aquellas que se caracterizan por ser de carácter vinculante, para aquellos Estados que los firman y ratifican (Estados parte); siendo éstos los pactos, convenciones y convenios. También figuran las declaraciones, resoluciones, normas y principios, suscritos de buena fe, que configuran parámetros consensuados, para mediar la acción estatal y guiar la acción del Estado.

Como antecedente, puede afirmarse que el reconocimiento y la formulación legal del derecho a la vivienda comienza con el párrafo primero del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. De acuerdo con lo anterior, el Relator Especial de las Naciones Unidas, el C. Rajinder Sachar, mencio-

nó que la DUDH constituye en gran parte el origen de todos los derechos económicos, sociales y culturales, tal como es el derecho a un nivel de vida adecuado plasmado en su artículo 25, donde se enmarca el derecho a una vivienda adecuada⁷ en los términos siguientes:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.⁸

Asimismo, y de acuerdo con el párrafo primero del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (DESC), se debe entender al derecho humano a la vivienda bajo el término de vivienda adecuada, bajo el concepto siguiente:

Significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuada, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”, mismo concepto ha sido reconocido en la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000.⁹

⁷ Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías 45º período de sesiones Tema 8 del programa provisional, Oficio: E/CN.4/Sub.2/1993/15 párrafo 22, véase en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/140/91/PDF/G9314091.pdf?OpenElement>

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, véase en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁹ S/A/RES/43/181, Resolución 43/181 de la Asamblea General – Cuadragésimo tercer período de sesiones, véase en: <https://undocs.org/>

Esta definición se reafirmó en la Observación General número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en su párrafo quinto.¹⁰

Además, el Comité DESC sostiene en dicha Observación General que la referencia que figura en el párrafo primero del numeral 11 no se debe entender en el sentido de tener solo un inmueble tal como lo establece en el párrafo séptimo: “el derecho a la vivienda [...] debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”.¹¹

Robusteciendo lo anterior y de acuerdo con el párrafo octavo de la referida Observación General se encuentran siete aspectos fundamentales del derecho en análisis que, en su conjunto, constituyen las garantías básicas que reconoce el derecho internacional a las personas que gozan del derecho a la vivienda,¹² en los términos siguientes:

Seguridad jurídica de la tenencia: implica el control de lo que sucede con la vivienda, más no la propiedad de la misma, pueden ser distintas modalidades, como de uso y goce. Es un aspecto clave para todos los habitantes;

Es el derecho que tienen las personas poseedoras de una vivienda a conservar ésta. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Vivienda del año 2020 por parte de INEGI se tiene lo siguiente: “de los 35.3 millones de viviendas particulares habitadas, se identifica que más de 67% de las viviendas son propias, esto es,

¹⁰ Observación General número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, véase en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>

¹¹ Observación General número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, párrafo séptimo, véase en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>

¹² Observación General número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, párrafo octavo, véase en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>

uno de los residentes de la vivienda es dueña o dueño de la misma, 57.1% es propia pagada, y 10.7% es propia pagándose; 16.4% de las viviendas en el país se rentan, y 14.2% se encuentran en calidad de préstamo”.¹³

Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura: se relaciona con los servicios para la vivienda, así como la infraestructura del hábitat o entorno;

Debe existir una provisión de agua potable, así como de instalaciones sanitarias adecuadas, calefacción y suministro de energía para el alumbrado, así como para la conservación de alimentos. De los datos proporcionados en la Encuesta Nacional de Vivienda del año 2020 por parte de INEGI se informó que: “la disponibilidad de algunos servicios depende de las áreas de residencia geográfica, por lo que, se tiene una evidente distinción entre las áreas rurales y las urbanas, existiendo una gran diferencia en cuanto a los servicios públicos”.¹⁴

Gastos soportables: son los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas.

El costo de la vivienda debe ser bajo de modo que todas las personas puedan acceder a ella, sin que exista un perjuicio en el gasto de otras necesidades básicas como lo es el servicio al suministro de energía eléctrica. No obstante, de acuerdo con los datos arrojados en la Encuesta Nacional de Vivienda 2020 INEGI, se tiene que “el 51.4% de viviendas rentadas se declaró no tener acceso a crédito o no tener recursos para adquirir una vivienda; 22% informó que es por la facilidad de poder mudarse

¹³ *Encuesta Nacional de Vivienda*, INEGI 2020, véase en: Comunicado, Encuesta Nacional de Vivienda (ENVI) 2020 (inegi.org.mx)

¹⁴ *Encuesta Nacional de Vivienda*, INEGI 2020, véase en: Comunicado, Encuesta Nacional de Vivienda (ENVI) 2020 (inegi.org.mx)

o cambiar de vivienda; 9.7% señaló que el pago de la renta es menor que pagar una hipoteca; 8.7% mencionó no estar interesado en adquirir una vivienda o preferir invertir en su persona.”¹⁵

Habitabilidad: una vivienda adecuada debe ser habitable, ello se relaciona con las condiciones físicas, estructurales y de seguridad que debe brindar

Es la condición que garantiza la seguridad física de sus habitantes y les proporcionan un espacio habitable suficiente, dando una protección contra situaciones climatológicas como el frío, el calor, la lluvia, etcétera. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Vivienda 2020, “algunas de las características que se pueden mencionar de las viviendas del país son: 97.7% de las viviendas particulares habitadas cuentan con piso con algún recubrimiento (cemento o firme; madera, mosaico u otro recubrimiento); 97.6% tiene servicio sanitario; 92.4% tiene paredes de materiales resistentes como tabique, ladrillo, block, cantera, cemento u otro; 89.2% tiene un cuarto para cocinar; 78.4% cuenta con techo de losa o concreto o de viguetas con bovedilla y 76.9% cuenta con agua dentro de la vivienda.”¹⁶

Asequibilidad: debe ser asequible a los que tengan el derecho, por lo que, debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda.

El diseño y materialidad de la vivienda debe considerar las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados, particularmente de personas con discapacidad. De la ya señalada Encuesta Nacional de Vivienda 2020 se señaló la existencia de adaptar espacios para personas con alguna discapaci-

¹⁵ Encuesta Nacional de Vivienda, INEGI 2020, véase en: Comunicado, Encuesta Nacional de Vivienda (ENVI) 2020 (inegi.org.mx)

¹⁶ Encuesta Nacional de Vivienda, INEGI 2020, véase en: Comunicado, Encuesta Nacional de Vivienda (ENVI) 2020 (inegi.org.mx)

dad, “al respecto se indagó en todas las viviendas particulares habitadas del país, encontrando que en 12.9% de las viviendas se requiere poner pasamanos, en 12.8% poner rampas; adecuar baños se señala en 12.3% y la necesidad de ampliar puertas es ligeramente menor, con 9.9%”.¹⁷

Lugar: debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas, entre otros servicios sociales.

La localización de la vivienda debe ofrecer acceso a diversos servicios, además de estar ubicada dentro de la demarcación territorial que comprende la ciudad, sin que esté en una zona contaminada.

Adecuación cultural: una vivienda adecuada debe permitir la expresión de la identidad cultural de sus habitantes, desde el empleo de los materiales apropiados, hasta la distribución espacial que respete y favorezca la realización de las costumbres, ritos y actividades según la organización social.

Se deben tomar en cuenta las diversas expresiones culturales.

Finalmente, dentro de la Observación General Cuarta, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas destaca que el derecho a una vivienda adecuada no puede entenderse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos regionales aplicables.

El derecho a la vivienda es de suma importancia internacional, pues se encuentra reconocido en distintas Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, así como en declaracio-

¹⁷ Encuesta Nacional de Vivienda, INEGI 2020, véase en: Comunicado, Encuesta Nacional de Vivienda (ENVI) 2020 (inegi.org.mx)

nes y tratados internacionales, los cuales se mencionan en la tabla número 2:

Tabla 2. El derecho humano a la vivienda en las convenciones internacionales

Convenciones / Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos	Artículo	Señala lo siguiente:
<p>C o n v e n c i ó n Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.</p>	<p>Artículo 5 fracción e) párrafo III.</p>	<p>En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: iii) El derecho a la vivienda;</p>

<p>Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales.</p>	<p>Artículo 9 párrafo II</p>	<p>2. Deben tomarse medidas especiales a fin de garantizar la igualdad en dignidad y derechos de los individuos y los grupos humanos, dondequiera que ello sea necesario, evitando dar a esas medidas un carácter que pudiera parecer discriminatorio en el plano racial. A este respecto, se deberá prestar una atención particular a los grupos raciales o étnicos social o económicamente desfavorecidos, a fin de garantizarles, en un plano de total igualdad y sin discriminaciones ni restricciones, la protección de las leyes y los reglamentos, así como los beneficios de las medidas sociales en vigor, en particular en lo que respecta al alojamiento, al empleo y a la salud, de respetar la autenticidad de su cultura y de sus valores, y de facilitar, especialmente por medio de la educación, su promoción social y profesional.</p>
---	------------------------------	--

<p>Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.</p>	<p>Artículo 14 párrafo 2 inciso h)</p>	<p>2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:</p> <p>h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.</p>
<p>Convención sobre los Derechos del Niño.</p>	<p>Artículo 27 párrafo 3</p>	<p>3. Los Estados Parte, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.</p>
<p>Convención para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes.</p>	<p>Artículo 43 inciso d)</p>	<p>1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:</p> <p>d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres;</p>

Fuente: Pérez Santillana, Carlos Eduardo (2023).

Se considera como la definición con mayor amplitud, la pronunciada por el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la cual señala que este derecho humano debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

Cabe señalar, que tanto dicho Comité, así como en los diversos instrumentos internacionales que abordan la protección del derecho en análisis, lo citan como derecho humano de vivienda adecuada, equiparándose de manera total al que nosotros mayormente y constitucionalmente conocemos como vivienda digna.

En este sentido tenemos, que las características del derecho a una vivienda adecuada están definidas principalmente en la Observación general N° 4 del Comité aludido (1991), del que se desprende parte de lo señalado en el texto introductorio, es decir que la prerrogativa de vivienda digna está estrictamente relacionada y vinculada con diversos derechos humanos y principios fundamentales. Por ello, se puede concluir como concepto de esta investigación, que hablar de vivienda digna, significa tener la libertad de acceder a un determinado espacio el cual es propio de la persona, garantizando una satisfacción de diversos servicios públicos, siendo primordialmente aquellos de índole básicos, así mismo se cuenta con una sana convivencia dentro de un entorno social y ambiental. Dicha prerrogativa se encuentra estatuida a nivel internacional, y forma parte del catálogo de derechos que deben ser tutelados por el Estado mexicano desde la reforma del 2011, en que se establecen la tutela directa de los derechos humanos a través de obligaciones generales y deberes específicos.

EL DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA EN LA LEGISLACIÓN INTERAMERICANA Y LOS PAÍSES DE LATAM

De acuerdo con el Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos, en su numeral 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), se

encuentra la protección y promoción del derecho a la vivienda, esto se dice así puesto que, se asegura que:

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Asimismo, dicho numeral refiere el tema de la protección del derecho a la propiedad, al establecer que: “toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

Acorde con lo anterior, en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) establece que:

Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes y que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Esto tomará mayor relevancia cuando se aborde el tema de los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dado a que varios Estados parte, han llevado a cabo desalojos forzosos, violando así lo establecido en el numeral 21 de la Convención aquí mencionada.

En el ámbito nacional, la mayor parte de los países latinoamericanos reconocen el derecho a la vivienda en el ámbito constitucional, por lo anterior de manera ilustrativa se mostrarán algunos ejemplos dentro de la tabla 3:

Tabla 3. El derecho humano a la vivienda en las constituciones latinoamericanas

País	Artículo Constitucional
Brasil	Art 6 La educación, la salud, la nutrición, el trabajo, la vivienda, el transporte, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección de la maternidad y la infancia, y la asistencia a los indigentes, son derechos sociales, como se establece en esta Constitución.
Cuba	Artículo 71. Se reconoce a todas las personas el derecho a una vivienda adecuada y a un hábitat seguro y saludable. El Estado hace efectivo este derecho mediante programas de construcción, rehabilitación y conservación de viviendas, con la participación de entidades y de la población, en correspondencia con las políticas públicas, las normas del ordenamiento territorial y urbano y las leyes.
Perú	Artículo 195. Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Son competentes para: 8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.
Guatemala	Artículo 23. Inviolabilidad de la vivienda. La vivienda es inviolable. Nadie podrá penetrar en morada ajena sin permiso de quien la habita, salvo por orden escrita de juez competente en la que se especifique el motivo de la diligencia y nunca antes de las seis ni después de las dieciocho horas. Tal diligencia se realizará siempre en presencia del interesado o de su mandatario.
México	Artículo 4o. La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Fuente: Pérez Santillana, Carlos Eduardo (2023).

En algunos países el derecho a la vivienda es considerado un deber del Estado, como es el caso de Argentina, Colombia, Paraguay y Costa Rica, en estos ejemplos el Estado debe fijar, promover, crear y otorgar el acceso a la vivienda, lo anterior se mostrará en la siguiente tabla 4.

Tabla 4. El derecho humano a la vivienda en las constituciones latinoamericanas

País	Artículo Constitucional
Argentina	Artículo 14 bis, párrafo 3. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.
Colombia	Artículo 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.
Costa Rica	Artículo 65. El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador.
Paraguay	Artículo 100. Todos los habitantes de la República tienen derecho a una vivienda digna. El Estado establecerá las condiciones para hacer efectivo este derecho, y promoverá planes de vivienda de interés social, especialmente las destinadas a familias de escasos recursos, mediante sistemas de financiamiento adecuados.

Fuente: Pérez Santillana, Carlos Eduardo (2023).

SENTENCIAS INTERNACIONALES DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

De acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, muchos casos relacionados con cuestiones de vivienda han involucrado violaciones a distintos ordenamientos internacionales en materia de derechos humanos, siendo uno de ellos el artículo octavo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual protege el derecho al respeto de la vida privada y familia, así como el hogar; como ejemplos tenemos los casos James y otros C. Reino Unido (1986);¹⁸ López Ostra c. España (1994).¹⁹ En todos esos casos hubo una violación al derecho a la vivienda, tras una serie de desalojos a gran escala, realojamiento forzoso, demoliciones de asentamientos, así como una ausencia de control en cuanto a la contaminación que generaba determinada industria, lo que ocasionó una afectación a la salud de los pobladores que vivían sus alrededores.

REGULACIÓN DE LOS ASENTAMIENTOS IRREGULARES EN MÉXICO

Se ha señalado ya, que una vez que se ha reconocido el derecho humano a una vivienda digna a nivel nacional, y que de manera continua se actualizan y aclaran sus elementos como consecuencia de la producción jurídica internacional, se impone a su vez, la obligación dirigida al órgano legislativo para que elabore las

¹⁸ Sentencia 8793/79, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase en: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:\[%22SPA%22\],%22appno%22:\[%228793/79%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-165090%22}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22SPA%22],%22appno%22:[%228793/79%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-165090%22})

¹⁹ Sentencia 16798/90, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2216798/90%22\],%22itemid%22:\[%22001-164373%22}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2216798/90%22],%22itemid%22:[%22001-164373%22})

leyes que resulten necesarias para materializar este derecho, y un deber a cargo de las autoridades administrativas para que diseñen y ejecuten las políticas públicas de acceso a la vivienda (otorgamiento de créditos, regulación de uso de suelo a costos accesibles, etc.) que son indispensables para el disfrute de este derecho.

En este orden de ideas, el reconocimiento del derecho a una vivienda digna y decorosa, tal como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene principalmente dos implicaciones: primera, representa la posibilidad para que, en caso de no contar con una vivienda, se pueda acceder a ella; y segunda, actúa como instrumento de protección en contra de los actos de autoridad o de otros particulares que pudieran lesionar el espacio ya dispuesto como habitación, lo cual se encuentra íntimamente relacionado con los derechos de seguridad jurídica contemplados en el artículo 14 y 16 Constitucional.

Lo anterior, debe entenderse en correlación con las obligaciones legales impuestas a partir del 2016, con la publicación de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano. Entre las que se encuentran, la obligación para las autoridades estatales y municipales de adecuar y actualizar los programas de ordenamiento territorial y desarrollo urbano y centro de población para que estos sean armonizados con la normativa legal existente.

Esto significa, que los Programas Municipales de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, son los instrumentos que, en concordancia con el Programa Estatal de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, señalarán las acciones específicas para el impulso, control y consolidación de los centros de población, y especificarán los mecanismos que permitan la instrumentación de sus principales proyectos, tales como constitución de reservas territoriales, creación de infraestructura, equipamiento, servicios, suelo servido, vivienda, espacios públicos, entre otros. Además, la zonificación general del territorio municipal será un instrumento para la aplicación de

políticas urbanas y ecológicas, así como el establecimiento de las respectivas normas de uso de suelo y aprovechamiento de los recursos y su zonificación secundaria.

Por otra parte, los Programas de desarrollo urbano para un Centro de Población, son instrumentos referidos a un centro de población específico dentro del territorio de algún municipio.

En dichos instrumentos se contienen el conjunto de disposiciones y normas para ordenar, planear y regular la zonificación, las reservas, usos y destinos de los centros de población y, regular el funcionamiento y organización de sus áreas de conservación, mejoramiento y crecimiento, así como para establecer las bases para la ejecución de acciones, obras y servicios.

En el contexto estatal, y de acuerdo con la vigente Ley de Ordenamiento Territorial del Estado de San Luis Potosí²⁰ en su Capítulo III “Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana y Rústica” señala la manera en la cual un asentamiento irregular podrá regularse de acuerdo a los lineamientos establecidos en la demarcación territorial del Estado, los cuales estatuyen lo siguiente:

“Artículo 213. Se considera de interés público y prioritario, el establecimiento de mecanismos de coordinación entre los gobiernos federal, estatal y municipales, tendentes a la regularización de los asentamientos humanos en la Entidad, como acciones de mejoramiento de los centros de población.

Artículo 214. Cualquier enajenación de predios que realicen las dependencias y entidades de las administraciones públicas estatales o municipales a los particulares, para efectos de regularización de predios, de acuerdo con esta Ley, estará sujeta a las siguientes normas:

I. Que el solicitante o su cónyuge, no sea propietario de casa habitación o de terreno en la localidad;

²⁰ Ley de Ordenamiento Territorial del Estado de San Luis Potosí, véase en http://congresosanluis.gob.mx/sites/default/files/unpload/legislacion/leyes/2020/12/Ley_Ordenamiento_Territorial_30_Noviembre_2020_parte_II.pdf

- II. Las condiciones de pago se determinarán en atención al ingreso de los solicitantes, previo estudio socioeconómico;
- III. El solicitante deberá cubrir ante los organismos regularizadores el costo inherente a la escrituración y demás gastos que genere el proceso de regularización, el cual será fijado por dichos organismos atendiendo a las características específicas del proceso de regularización correspondiente;
- IV. La superficie deberá corresponder al lote o predio tipo o de tamaño promedio del centro de población, según la legislación y programas de desarrollo urbano aplicables;
- V. Cuando el solicitante contrate a plazos, el crédito se otorgará a la tasa de interés que para vivienda de interés social, económica y popular fijen las autoridades competentes, y
- VI. Cumplir con las normas de planeación urbana y demás disposiciones jurídicas aplicables.

Artículo 218. Tratándose de asentamientos humanos irregulares, ubicados en predios ejidales o comunales, se procederá conforme a lo previsto en esta Ley y en la Ley Agraria.

Artículo 221. El organismo estatal regularizador o el ayuntamiento respectivo expedirán un dictamen de la posibilidad de regularización de un asentamiento humano, previo a la expropiación o aportación en su caso, el cual deberá contener:

- I. La factibilidad jurídica;
- II. La factibilidad técnica urbanística, evitando el asentamiento en zonas no urbanizables o de riesgo;
- III. La viabilidad de introducción de infraestructura, equipamiento y servicios a costos razonables;
- IV. Su liga con la traza urbana;
- V. La representación de un beneficio social y público, y
- VI. La congruencia con esta Ley y los programas de ordenamiento territorial y desarrollo urbano aplicables.

Artículo 223. Una vez que las autoridades competentes hayan ejecutado el decreto expropiatorio del predio a regularizar, o en su caso obtenido la aportación del mismo por parte del dueño a favor del Estado, se solicitará ante el ayuntamiento respectivo, la autorización de fraccionamiento por regularización.

De lo anterior se desprende que, el Ayuntamiento respectivo expedirá un dictamen sobre la posibilidad de regularizar el asentamiento irregular siempre que contenga la documentación seña-

lada en el artículo 221 de la Ley de Ordenamiento Territorial del Estado de San Luis Potosí, anteriormente transcrito, y después el Ayuntamiento autorizará su fraccionamiento como lo establece el artículo 223 de la legislación en cita.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 63 de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, indica que para constituir, ampliar y delimitar la zona de urbanización ejidal y su reserva de crecimiento, así como para regularizar la tenencia de predios en los que se hayan constituido asentamientos humanos irregulares, la asamblea ejidal o de comuneros respectiva deberá ajustarse a esta Ley, a las disposiciones jurídicas locales de Desarrollo Urbano, a la Zonificación contenida en los planes o programas aplicables en la materia y a las normas mexicanas o Normas Oficiales Mexicanas aplicables en la materia, en cuyo supuesto, se requerirá de la intervención del municipio en que se encuentre ubicado el ejido.

La creación de dichos programas, se encuentran contemplada en el artículo 69 de la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano del Estado de San Luis Potosí,²¹ del cual se puede advertir, el procedimiento de creación de estos instrumentos atiende principalmente a satisfacer los principios que sean señalado en la presente investigación, y dichos documentos cobran gran relevancia para la materialización tanto de los elementos así como de las políticas que los instrumentos internacionales y nacionales, han definido como las idóneas para la satisfacción del derecho humano de vivienda digna.

Finalmente, y a manera de conclusión del presente tema, queda de manifiesto que el desarrollo urbano y el ordenamiento territorial, inciden de manera directa en la satisfacción del derecho humano a la vivienda digna y por consiguiente a los diversos derechos ya enunciados, pues tal y como se ha determinado,

²¹ Véase en: Ley de Ordenamiento Territorial del Estado de San Luis Potosí (congresosanluis.gob.mx)

tanto los principios de nuestros ordenamientos legales, así como los internacionales, dan la pauta para que se pueda garantizar dichas prerrogativas.

Sin embargo, actualmente en nuestro Estado potosino no se satisface a cabalidad el derecho humano a la vivienda digna y por consiguiente los que se interrelacionan con éste. Igualmente, quedan insatisfechas las obligaciones del estado mexicano que consisten en proporcionar igualdad de oportunidades para la adquisición de vivienda, especialmente a las clases sociales menos favorecidas y, con esto, propiciar el mejoramiento de condiciones de vida de las personas que habitan el país.

De acuerdo a ello, se puede concluir que teórica y normativamente se encuentra colmado el derecho humano en cuestión, pues las leyes secundarias regulan bastamente el derecho a la vivienda digna, marcando principios básicos coincidentes con los pronunciamientos internacionales, siendo además que las creaciones de los programas de ordenamiento territorial garantizan la ejecución de estos últimos.

2.1 LA PLANEACIÓN Y EL DERECHO A LA VIVIENDA EN SAN LUIS POTOSÍ, EL CASO DE DIVERSOS ASENTAMIENTOS IRREGULARES

A pesar de lo anteriormente señalado, aun y cuando normativamente se satisfaga el derecho humano a la vivienda, se tiene que de manera instrumental en nuestro Estado, estamos lejos de poder colmar la satisfacción cabal de la prerrogativa en cuestión, pues conforme a la respuesta de la solicitud de información folio 00158921, emitida por la Secretaría de Desarrollo Urbano, Vivienda y Obras Públicas al día de hoy, únicamente tres municipios del Estado han cumplido con dicha obligación que desde la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano y la correlativa Estatal dispone de contar con programas de desarrollo urbano actualizados, tal

es el caso de San Luis Potosí, Xilitla y Mexquitic de Carmona, lo que significa que los restantes (que se encuentran en el supuesto normativo) actualmente están en omisión legal frente a lo dispuesto por dichos ordenamientos.

Más aún, el hecho de que dichos instrumentos se emitan tampoco garantiza que se apliquen en observancia de los principios de universalidad y progresividad, así como del resto de principios generales y deberes específicos de los derechos humanos como se demostrará a continuación.

De acuerdo con ello, y con el objetivo de demostrar la relación causa-efecto entre las omisiones de los Ayuntamientos y la violación al derecho humano a la vivienda y los derechos que gravitan en torno a este, se llevaron a cabo algunas encuestas y visitas de campo en asentamientos irregulares de la ciudad de San Luis Potosí siendo 30 encuestados de las comunidades de Pozuelos, Escalerillas y Mesa de Conejos. De acuerdo a los resultados obtenidos mediante las encuestas realizadas a habitantes de tales asentamientos irregulares, se desprende lo siguiente:

Que la mayor parte de las personas relacionan la vivienda digna con el acceso a los servicios públicos, esto es un 60%, otra parte de los encuestados consideró que el derecho a la vivienda digna está constituido por las características de la vivienda, 40%, por lo que se advierte que no existe una sensibilidad de sus habitantes en torno a la amplitud de sus elementos.

Otros aspectos considerados en menor medida por los encuestados son:

- La vivienda digna tiene que ver con la seguridad en la tenencia de la tierra, 12%.
- Las comodidades intrínsecas de la vivienda, 33%.
- La calidad de vida y el bienestar, 18%.

A pesar de esta falta de promoción efectiva, la mayor parte

de los encuestados dice haber padecido alguna afectación por vivir en asentamientos irregulares (79%), especialmente las referidas al agua, pavimentación y seguridad pública; otra parte de los encuestados (21%), consideran que no han sufrido afectación alguna por el hecho de vivir en un asentamiento irregular.

Por lo que hace al tema de sistema de alcantarillado, las encuestas arrojaron que 36% cuenta sólo con fosa séptica y 55% cuenta con alcantarillado y 9% no conocen si cuentan con alguno de éstos. Asimismo, en cuanto al suministro de energía eléctrica sólo 3% señaló no tener dicho servicio y 18% manifestó que el servicio era deficiente.

Por otro lado, de la observación en el trabajo de campo se logró observar que ningún habitante de estas comunales irregulares cuenta con una vivienda digna, toda vez que pude notar que existen casas sin servicio de alcantarillado o saneamiento, contando con fosa séptica, así mismo, el abasto de energía eléctrica es deficiente, ello se dice así, puesto que la luz en momentos bajaba su intensidad.

Asimismo, de acuerdo a las respuestas de los habitantes es de destacar que la gran mayoría no conoce el significado de una vivienda digna pues, para los encuestados se reduce a una casa que sea de su propiedad, lo que conlleva a un desconocimiento de los derechos que les son violentados por parte del municipio. Por lo que, al explicarles que es una vivienda digna y los derechos que deben contar, las personas encuestadas señalaron que es poco el apoyo de las autoridades, manifestando su descontento por lo que hace a varios servicios públicos, siendo en su mayoría el abastecimiento del agua, la pavimentación, la seguridad y energía eléctrica.

De ahí que puede destacarse que en la mayoría de las comunidades existe un problema de educación pues, hay pobladores que manifestaron no poder contestar a la encuesta puesto que no saben leer y/o escribir, asimismo se observó una desigualdad de género, y conductas machistas existentes en las comunidades, puesto que en su gran mayoría fueron mujeres quienes permitie-

ron la aplicación de la encuesta, ello toda vez que sus cónyuges se negaban a atender al investigador y le daban la instrucción a sus esposas de responder a las preguntas de esta actividad. Lo anterior pone de manifiesto la imbricación entre las desventajas que se entretajan con la carencia de una vivienda digna.

Algunos encuestadores expresaron al inquirírseles por la razón y/o el motivo por el cual vivían en asentamientos irregulares, respondieron lo siguiente: 1) Ellos están ahí porque son el patrimonio de sus progenitores; 2) Las condiciones económicas los orilló a vivir en estas comunidades.

En una segunda etapa, se realizaron entrevistas a profesionales con experiencia en el servicio público y la investigación en el tema de la vivienda y la planeación urbana. De las respuestas obtenidas, mediante las entrevistas realizadas se puede resaltar lo siguiente:

1. Que toda persona tiene derecho a una vivienda digna, sin embargo, al estar en un asentamiento irregular las personas ya no tienen acceso efectivo a este derecho debido a que generalmente invadieron los terrenos. Por tanto, no cuentan con una tenencia de la tierra. Así mismo, son por lo general población vulnerable debido a que se encuentran en zonas peligrosas.
2. Todos los asentamientos irregulares carecen de planeación urbana lo que ocasiona una falta de infraestructura mínima básica para poder llevar a cabo diversas actividades cotidianas, además de la existencia de una falta de servicios como el agua potable, drenaje, pavimentación que trae consigo enfermedades.
3. El abastecimiento de energía eléctrica es nulo debido a que deben tener domicilio para hacer efectivo el cobro de domicilio de luz, lo que ocasiona que muchos se “cuelguen” de las líneas de luz, lo que implica la comisión de delitos, orillándolos a la clandestinidad y poniendo en riesgo su vivienda y su vida.

4. Se encuentra una carencia de recibir apoyos económicos, dado a que los programas federales exigen como requisito que la tenencia esté regulada, asimismo para la prestación de servicios públicos de parte de los ayuntamientos se requiere que este asentamiento irregular sea municipalizado.

CONCLUSIONES

De los resultados obtenidos, se pone de manifiesto que hay una vulnerabilidad al vivir en un asentamiento irregular, no solamente por la precariedad de los materiales de la vivienda, aspecto directamente relacionado con el decoro, sino por otros elementos que se interrelacionan con la dignidad y el bienestar, así como otros derechos humanos.

Principalmente, el derecho a la movilidad por falta de transporte y las calles sin pavimentación; el acceso a la salud en tanto que hay zonas en las que no hay al alcance un hospital, acceso a escuelas, oficinas de trabajo, además de una falta grave de servicios públicos, la falta de agua potable puede llegar a ocasionar enfermedades, asimismo, una mala recepción de energía eléctrica ocasionaría una inseguridad al impedir la refrigeración de los alimentos pudiendo provocar daños a la salud, abundando a ello un nulo apoyo por las autoridades, pues éstas, ayudarán y prestarán sus servicios hasta que sean municipalizadas, esto es que exista una tenencia segura de la tierra, y se aprobara el trámite para regular los predios o bien, convertir en un fraccionamiento el asentamiento irregular.

Sin embargo, la gestión de la propia municipalización exige contar con diversos estudios de la zona los cuales pueden ser muy costosos para los habitantes, sin mencionar el pago del trámite, por lo que, se considera que las autoridades pudiesen ayudar a los asentamientos siendo más accesibles por lo que hace a los precios y apoyar con sus peritos en la elaboración de

los estudios requeridos, de este modo, existiría una gran oportunidad de que se regularice los asentamientos, y con ello puedan contar con los servicios públicos que como ya se ha abordado carecen hoy en día.

Luego entonces, resulta claro que nos encontramos frente a una desatención a un ordenamiento actual y vigente. Todo ello, genera consecuencias colaterales que inciden de manera directa en una ausencia de actualización de políticas de desarrollo urbano, de movilidad, de infraestructura urbana, incluso ambientales; es decir, hoy en día las ciudades enfrentan una gran problemática en materia de ordenamiento territorial y desarrollo urbano, a raíz de la falta de actualización de dichos documentos.

Todo ello, además, incide de manera directa en un déficit de crecimiento económico del sector que impacta de manera a los propios gobernados, traducándose todo ello a una serie de transgresiones de derechos humanos y de manera directa al contemplado en el 4 Constitucional correspondiente al derecho humano de vivienda digna, y por ende, a los que se interrelacionan con éste.

La seguridad es un tema deficiente, la falta de servicios públicos ha ocasionado en algunos pobladores problemas de estrés, por lo que, en estas zonas se han encontrado problemas sociales como la drogadicción, desintegración familiar, problemas de salud.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña Hernández, A. & Carmona Lara, M., *La Constitución y los derechos ambientales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2015.
- Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías 45° periodo de sesiones Tema 8 del programa provisional, Oficio: E/CN.4/Sub.2/1993/15 párrafo 22, véase en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/140/91/PDF/G9314091.pdf?OpenElement>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación general N° 15 (2002)*. Obtenido de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2002%2f11&Lang=en
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, véase en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Díaz, R. M., *Retos y realidades del derecho procesal mexicano desde el enfoque de los derechos humanos* (2020). Obtenido de https://app.vlex.com.creativaplus.uaslp.mx/#search/*/asentamientos+irregulares+san+luis+potosi/p2/WW/vid/842354705
- Diccionario de la Real Academia Española*, actualización 2020.
- Encuesta Nacional de Vivienda*, INEGI 2020, véase en: Comunicado, Encuesta Nacional de Vivienda (ENVI) 2020 (inegi.org.mx)
- Fernández, Eusebio. “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en *Anuario del Instituto de Derechos*

Humanos, Madrid: Editorial Universidad Complutense de Madrid. 1981.

INEGI. (s.f.). *Glosario INEGI. Propia en terreno de asentamiento irregular*.

Observación General número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, véase en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>

Observación General número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, párrafo séptimo, véase en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>

Observación General número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, párrafo octavo, véase en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>

Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Derechos fundamentales*, 4ta edición, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 66.

S/A/RES/43/181, Resolución 43/181 de la Asamblea General – Cuadragésimo tercer periodo de sesiones, véase en: <https://undocs.org/>

Sentencia 16798/90, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2216798/90%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-164373%22%5D%7D>

Sentencia 8793/79, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%228793/79%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-165090%22%5D%7D>

REFLEXIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

MÓNICA A. ANÍS*

RESUMEN

El artículo analiza el tratamiento de los estereotipos de género en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de su influencia en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, con el propósito de mostrar su influencia y las responsabilidades que debe asumir el Estado nacional para evitar las condiciones y estructuras sociales que incentivan y permiten la discriminación, la violencia, la exclusión estereotipada por género que vulneran derechos y libertades previstos en los tratados de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: jurisprudencia argentina, estereotipos de género, derechos humanos

ABSTRACT

This article analyzes the treatment of gender stereotypes in the rulings of the Inter-American Court of Human Rights and its influence on the decisions of the Supreme Court of Justice of the Argentine Republic. The principal aim is to show the responsi-

* Abogada. Procuradora. Especialista en Derecho Laboral. Magister en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Doctora en Derecho. Investigadora categorizada. Profesora titular por concurso de las cátedras de Derechos Humanos y de Diseño Jurídico de Políticas Públicas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina)

bilities that the State must assume to avoid the conditions and social structures that encourage and allow discrimination, violence, and gender-stereotypical exclusion as violations of the rights and freedoms provided for in human rights treaties.

KEYWORDS: Argentine jurisprudence, gender stereotypes, human rights

INTRODUCCIÓN

La utilización de estereotipos en nuestras prácticas sociales e institucionales ha sido objeto de tratamiento doctrinal y jurisprudencial en el marco de los estudios jurídicos. Esto marca que la reflexión no es novedosa en términos generales, pero sí resulta oportuno analizar las formas en la que los tribunales internacionales se ocupan del tratamiento de los estereotipos de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en este sentido, su influencia o la clara tendencia a la innovación en la evolución de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN-Ar), máximo tribunal de la República Argentina.

Para este cometido, se analizan las características de los estereotipos de género desde una mirada crítica y se comentan fallos trascendentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que reconocen que nuestras sociedades como heterogéneas y diversas, abarcando a personas con muy distintas características y condiciones. Ante esta realidad, se realizará un análisis descriptivo de las decisiones de la CSJN-Ar, que no pretende ser exhaustivo por la necesaria brevedad de este artículo, para comprender su evolución y el cumplimiento del Estado Argentino en la tarea de velar por que no se produzcan discriminaciones ni se reproduzcan estereotipos, disponiendo las medidas necesarias para dismantelar las condiciones y estructuras sociales que incentivan y permiten la exclu-

sión de algunos de sus integrantes. Asimismo, se desarrolla un comentado análisis de los efectos de los estereotipos de género y su impacto diferenciado respecto a algunos grupos de personas, así como el estándar de debida diligencia estatal reforzada ante situaciones de discriminación que vulneran otros derechos y libertades previstos en los tratados de derechos humanos.

LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

Abordar algunos desarrollos teóricos formulados en la temática nos convoca a pensar en diferentes bibliografías disponibles al respecto en nuestras disciplinas sociales. En este caso, la obra de Cook y Cusack sobre estereotipos de género es una referencia trascendente para este abordaje.¹

Así, las autoras definen el término estereotipo como “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos y características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir”.² En este punto, subrayan con agudeza Cook y Cusack, para identificar una generalización como un estereotipo no importa si dichos atributos o roles son comunes a quienes integran un determinado grupo sin que el elemento clave es la presunción, la suposición, la percepción social de que una persona, por el solo hecho de pertenecer a ese grupo, actuará de conformidad con esa visión generalizada.

Siguiendo el análisis de estas autoras, los estereotipos de género son definidos como la construcción social y cultural de hombres y mujeres, debido a sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales, que hacen referencia a un conjunto estructurado de creencias sobre los atributos, características de la personalidad, comportamientos, roles, características

¹ Cook, Rebecca y Simone Cusack, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales* (Bogotá: Profamilia, 2010).

² Cook y Cusack, *Estereotipos de género*, 11.

físicas y apariencia, ocupaciones o presunciones sobre la orientación sexual de hombres y mujeres.³

El estudio que desarrollan Cook y Cusack las lleva a identificar cuatro tipos de estereotipos de género: de sexo, sexuales, sobre los roles sexuales y compuestos, en tanto y en cuanto se encuentran implícitos o explícitos muchas veces en el razonamiento expuesto por los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos.⁴

En primer término, los estereotipos de sexo parten de una preconcepción o visión generalizada sobre los atributos biológicos, físicos, emocionales, cognitivos que poseen hombres y mujeres. Este estereotipo se manifiesta, por ejemplo, cuando suponemos que los hombres siempre son más fuertes que las mujeres, o que los hombres son agresivos y competitivos mientras que las mujeres son delicadas y sumisas.

Por su parte, los estereotipos sexuales ofrecen una visión generalizada de los rasgos, características o comportamientos sexuales que hombres y mujeres poseen o deberían poseer en sus interacciones. Esta clase de estereotipo atribuye a hombres y mujeres “características o cualidades sexuales específicas que juegan un papel en la atracción y el deseo sexuales, la intimidad, posesión y violencia sexuales, el sexo como transacción (a cambio de dádivas, oportunidades o dinero), y la rectificación y explotación sexuales”.⁵ Ejemplo de esta clase de estereotipo y su representación en el razonamiento judicial se explicita en la jurisprudencia en las que se soslaya el consentimiento de las víctimas en los abusos sexuales y se restan credibilidad a las denunciantes, partiendo de ideas preconcebidas sobre cuál debería ser su reacción o comportamiento ante un ataque sexual.⁶

³ Cook y Cusack, *Estereotipos de género*, 23.

⁴ Cook y Cusack, *Estereotipos de género*, 29-36.

⁵ Cook y Cusack, *Estereotipos de género*, 33.

⁶ Para mayor análisis se recomienda Julieta Di Corleto, “Cultura de la violación y razonamiento judicial. Los estereotipos sexuales en la jurisprudencia de

A su vez, los estereotipos sobre roles sexuales describen una noción generalizada sobre los roles o comportamientos que se consideran apropiados para hombres y mujeres. Según las autoras estudiadas, “se basan en las diferencias biológicas de los sexos para determinar cuáles son los roles o comportamientos sociales y culturales apropiados de hombres y mujeres, puede decirse que se construyen sobre los estereotipos de sexo. Los roles sociales por sí mismos, crean estereotipos”.⁷ Esta clase de estereotipos estaban ligados tradicionalmente a la división del trabajo, en el que las mujeres son relegadas a tareas no remuneradas relacionadas con el cuidado del hogar y la familia mientras que los hombres son quienes se desempeñan como proveedores ya que desarrollan los trabajos asalariados fuera del entorno familiar.

Finalmente, los estereotipos compuestos son aquellos en los que el género se relaciona con otros aspectos de las personas que a su vez generan y regeneran nuevos estereotipos. Hacen referencia a la intersección de las diversas clases de estereotipos de género con otros estereotipos, que pueden estar relacionados a la edad, la orientación sexual, condición social, entre otros.

La experiencia indica que los estereotipos de género están naturalizados en nuestras prácticas sociales, profundamente arraigados en nuestro sentido común que los aceptamos sin ninguna crítica, como una forma sin complejos de entender la vida comunitaria a tal punto que a menudo utilizamos estas generalizaciones estereotipadas en nuestra vida diaria sin reconocerlas. Así las cosas, si un estereotipo persiste por suficiente tiempo y no es abordado adecuadamente por el Estado tendiente a su erradicación, se corre el riesgo de que produzca un impacto negativo en los proyectos de vida de las personas que ven limitadas sus

las altas cortes de la región”, en Federico José Arena (coordinador), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* (México: Suprema Corte de Justicia de México, Edición para PDF, 2022), 327-359.

⁷ Cook y Cusack, *Estereotipos de género*, 32-33.

posibilidades de decidir autónomamente, además de afectar derechos humanos fundamentales relacionados con el derecho a la igualdad y no discriminación, acceso a justicia, a una vida libre de violencia, entre otros.

En este punto, la inclusión en la agenda política del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género permiten generar el diseño políticas públicas que tenga una comprensión real y acabada de los aspectos diferenciados que muchas veces padecen las mujeres y diversidades. Tal como sostienen Cook y Cusack:

Cuando un Estado aplica, ejecuta o perpetúa un estereotipo de género en sus leyes, políticas públicas o prácticas, lo institucionaliza, dándole la fuerza y autoridad del derecho y la costumbre. El ordenamiento jurídico, como una institución estatal, condona su aplicación, ejecución y perpetuación y por lo tanto genera una atmósfera de legitimidad y normalidad.⁸

LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LA ARGENTINA

En esta dimensión, el desarrollo efectuado por la jurisprudencia internacional abordando explícitamente los estereotipos de género y su influencia negativa en las instancias de intervención estatal en cuanto al tratamiento de las personas respecto al acceso a sus derechos, ha influido definitivamente en la jurisprudencia de nuestros Estados.

En cuanto a los estereotipos de género en el marco normativo del derecho internacional de los derechos humanos podemos mencionar las disposiciones contenidas en los artículos 1 y 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de

⁸ Cook y Cusack, *Estereotipos de género*, 42.

Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW)⁹ y las Recomendaciones Generales 19¹⁰ (sobre la violencia contra la mujer) y 33¹¹ (sobre el acceso de las mujeres a la justicia) del Comité CEDAW, que concretamente abordan la obligación de los Estados partes respecto de exponer y eliminar los obstáculos sociales y culturales subyacentes, incluidos los estereotipos de género, que impiden a las mujeres el ejercicio y la defensa de sus derechos e impiden su acceso a recursos efectivos.¹²

A nivel regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, Convención de Belém do Pará), en su artículo 6 garantiza el derecho de las mujeres a ser libres de toda forma de discriminación y su derecho a ser valoradas “libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”. También en su artículo 7 establece la obligación de los Estados parte en cuanto la prevención y sanción de la violencia contra las mujeres y la realización de procedimientos legales justos y eficaces para las mujeres sometidas a situaciones de violencia.¹³

En este contexto normativo internacional y regional, la idea de este trabajo es abordar la jurisprudencia de la CSJN-Ar en torno a los estereotipos de género, por lo que no nos detendremos en un análisis de la profusa jurisprudencia interamericana

⁹ Para consultar: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

¹⁰ Para consultar: http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf

¹¹ Para consultar: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

¹² Para ampliar en esta jurisprudencia en torno a los estereotipos de género se recomienda Lucía Mercedes Catuogno, Estereotipos y violencia de género: estudio de casos paradigmáticos ante el Comité CEDAW, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Año 17/N° 50 (La Plata: UNLP, 2020), 338. <https://doi.org/10.24215/25916386e048>

¹³ Para consultar: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

en la materia,¹⁴ no obstante, son citados como precedentes obligatorios para decidir los casos particulares en varios fallos del Tribunal cimero argentino.

En este sentido, analizaremos casuísticamente las sentencias de la CSJN-Ar, donde se abordaron en forma explícita los estereotipos de género en el razonamiento judicial y sus efectos en relación con la afectación de derechos humanos.

En primer término, aparece el caso “R.C.E s/ extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63.006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, 2019”,¹⁵ donde la CSJN-Ar comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador General de la Nación (en adelante, PGN-Ar) para decidir esta causa en la que se evidencia un problema con la valoración defectuosa de las pruebas del Tribunal en lo Criminal que incidió negativamente en la evaluación de los presupuestos de la legítima defensa en un contexto de violencia de género descartando la versión de la imputada pese a que existían múltiples pruebas que respaldaron el testimonio de la víctima que daban cuenta de un contexto violento de larga data. Así, la CSJN-Ar dejó sin efecto una sentencia que condenaba a una mujer por lesiones graves a su expareja porque no se había considerado el contexto de violencia por razones de género que rodeaba el hecho y determinó que la sentencia que condenaba a R.C.E por lesiones fue arbitraria ya que menoscababa la interpretación y aplicación de la Convención de Belém do Pará.

¹⁴ Para un análisis detallado de la normativa internacional y la jurisprudencia interamericana se recomienda un trabajo anterior: Mónica Anís, “El derecho a la igualdad y la configuración de estereotipos en la perspectiva del sistema interamericano de protección de derechos humanos”. *Revista de Enseñanza del Derecho*. N° 4 (Corrientes: Facultad de Derecho UNNE - Contexto, 2022).

¹⁵ Centro de Información Judicial, La Corte Suprema atendió los argumentos de una víctima de violencia de género que había sido condenada por lesionar a su expareja actuando en legítima defensa (2019, octubre 30). <https://www.cij.gov.ar/nota-35987-La-Corte-Suprema-atendi--los-argumentos-de-una-victima-de-violencia-de-g-nero-que-hab-a-sido-condenada-por-lesionar-a-su-expareja-actuando-en-leg-tima-defensa-.html>

En sentido concordante, se referencia el documento del Comité de Seguimiento de la Convención Belem do Pará (en adelante, CEVI), se entiende que interpretar cualquier comportamiento anterior a la agresión como una provocación constituye un estereotipo de género. Así, se indicó que la presencia de estereotipos en la valoración de la prueba y la falta de aplicación de la perspectiva de género podría incidir en el razonamiento judicial de manera negativa, e influir de manera inadecuada en la valoración de los hechos.

Por su parte, en el caso “Sanelli”,¹⁶ los hechos que originan el pronunciamiento de la CSJN-Ar tienen como inicio el abuso sexual que sufriera una niña cuando tenía entre diez y doce años por quien fuera la pareja de su madre. La niña relató los hechos a dos personas del establecimiento educativo al que concurría y se mudó con su padre. Por ese hecho, el autor fue imputado por el delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal y el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente. En el examen ginecológico se constató que la niña presentaba desgarrro del himen de características antiguas.

La niña prestó declaración testimonial en Cámara Gesell. El primer informe psicológico señaló que la niña había demostrado estar decidida a revelar los hechos denunciados, respecto de los cuales había mencionado lugares y detalles precisos. Posteriormente, fue entrevistada por otra profesional, quien indicó que la niña se había mostrado desinteresada al narrar lo que le ocurrió. Además, sostuvo que su discurso había sido desorganizado y carente de correlato emocional. Asimismo, dicha profesional destacó que sus maestras no habían advertido indicadores de abuso y que no le había dicho nada a su padre respecto a estos hechos. El informe médico propuesto por el imputado señaló que no había existido un interrogatorio vinculado al ini-

¹⁶ CSJN-Ar, “CSJ 873/2016/CS1, S.J.M. s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo-”, (2020, junio 4). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7580784>

cio de una vida sexual activa, voluntaria, observable en la conducta de las niñas en el contexto social actual.

La Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma absolvió al imputado. Ante esta decisión judicial, la querrela y la defensoría de menores interpusieron sendos recursos que fueron rechazados por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, por mayoría. Para así resolver, consideró que el testimonio de la niña no resultaba creíble más allá de toda duda razonable. Por otra parte, sostuvo que no estaba probado que la niña no hubiera mantenido relaciones sexuales con otra persona y que no se entendía por qué no había dicho nada de lo sucedido a su padre. Contra esa decisión, la Defensora General Provincial y la querrela interpusieron recursos extraordinarios en los que sostuvieron que el pronunciamiento impugnado se había apoyado en afirmaciones dogmáticas y fórmulas estereotipadas y en una valoración parcial y aislada de los elementos de prueba.

La CSJN-Ar se remitió al dictamen de la PGN-Ar y declaró procedentes los recursos extraordinarios, dejando sin efecto la sentencia apelada. En el dictamen del procurador se sostuvo que respecto de la apreciación de la prueba:¹⁷

Cabe poner de relieve la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia... Resulta manifiesta en esos pronunciamientos la importancia de evaluar las declaraciones de niños y niñas bajo el tamiz de la inexperiencia que pueden presentar en algunos aspectos de la vida, y teniendo especialmente en cuenta su edad y madurez intelectual. En esa inteligencia, aprecio que en el fallo impugnado la mayoría –como se verá– no ha examinado las constancias bajo esas pautas, específicas para casos como el de autos... Por haber hecho hincapié en esos aspectos –el supuesto desinterés, hipotéticas contradicciones y la omisión de detalles

¹⁷ PGN-Ar, “S.J.M. s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo- CSJ 873/2016/CS1”, (2018, febrero 28). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7580782&cache=1698062650549>

que ni siquiera se ocupó de particularizar— la mayoría se apartó de los estándares internacionales... para el juzgamiento de esta clase de hechos, y relativizó el relato de la niña a pesar de que, conforme lo valoró el voto en minoría, los informes psicológicos descartaron la presencia de elementos fabulosos y de tendencia a la fabulación, sus maestras destacaron su honestidad, y aquélla expuso —en los términos que le permitió su edad y desarrollo— información precisa, relevante y sustancial acerca del lugar en que ocurrieron los abusos denunciados, cómo se desarrollaron, los concretos actos en que consistieron y las palabras que intercambié con el imputado... Sin perjuicio de ello, cabe señalar además que los magistrados que votaron en disidencia explicaron que aquellas supuestas contradicciones no existieron, mediante un pormenorizado análisis de lo ocurrido en esa entrevista, que no cabe apreciar en el voto mayoritario... Son sólo dogmáticas las afirmaciones sobre el desinterés que supuestamente exhibió la niña en la cámara Gesell y la falta de detalles sobre los hechos denunciados, pues los jueces no expusieron en concreto las actitudes que permitirían sostener aquella inclinación del ánimo en la menor, ni cuáles serían los pormenores de relevancia que ésta habría omitido, y se limitaron a invocar la opinión de la mencionada psicóloga que no participó en ese acto, sino que la examinó días después.¹⁸

En cuanto a los estereotipos detectados en el pronunciamiento de la mayoría del Supremo Tribunal Provincial, se sostuvo que:

Los jueces que formaron mayoría sostuvieron que no estaba probado que la niña no hubiera mantenido relaciones sexuales con otra persona, e invocaron al efecto el informe del médico propuesto por el acusado,... lo que... constituye un mero estereotipo basado en el género y la edad, que además resulta contrario a la pauta internacional en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual según la cual las pruebas relativas a los antecedentes de la víctima en ese aspecto son en principio inadmisibles... Ningún fundamento razonable encuentro en el pronunciamiento para negar significación al temor de la niña por las amenazas...

¹⁸ PGN-Ar, “S.J.M. s/ abuso sexual”, considerando IV

con las que el imputado le habría ordenado que callara sobre los abusos.¹⁹

Al respecto, el voto mayoritario se limitó a expresar que

No alcanzan a explicar por qué nada le dijo a su padre con anterioridad a aquel día... y así, sin más, desechó la lógica repercusión que esas advertencias habrían tenido en el ánimo de la menor... Sólo una visión sesgada de las constancias de la causa explicaría la fuerte oposición de aquélla a regresar a la vivienda de su madre exclusivamente a partir de los golpes que el imputado le habría aplicado, o por la voluntad de vivir con su padre. Y no logro apreciar en el pronunciamiento -ni surge de lo actuado- alguna razón que permita sostener que, en la condición en que se encontraba..., repentinamente tuvo la idea de inventar los abusos, mediante un relato que luego mantuvo en el tiempo y que a lo largo del trámite se ha acreditado del modo reseñado.²⁰

En otro caso, esta vez en relación al derecho a la libertad de expresión, la CSJN-Ar revocó una condena por daños y perjuicios contra “Gente Grossa SRL”, editora de la Revista Barcelona. El fallo tuvo como origen el reclamo que María Cecilia Pando de Mercado promovió contra una edición de la mencionada publicación que había expuesto en su portada un fotomontaje que simulaba ser la tapa de una revista ficticia denominada “S/M Soy Milico”. Consistía en una fotografía del rostro de Pando adosada a la de un cuerpo femenino desnudo, envuelto en una red, acompañada de un texto que la actora calificó de pornográfico y ofensivos contra su honor además de considerar que contribuían a afianzar los estereotipos contra las mujeres.

La CSJN-Ar, al momento de resolver, entendió que no se advertía que en el caso las expresiones utilizadas en la publicación configuren insultos discriminatorios que, de manera des-

¹⁹ PGN-Ar, “S.J.M. s/ abuso sexual”, considerando IV

²⁰ PGN-Ar, “S.J.M. s/ abuso sexual”, considerando IV

vinculada de la crítica política que suponen, utilicen el perfil femenino como un modo de reafirmar estereotipos y/o roles de género que subordinan a las mujeres. Entendió además que la breve argumentación de la actora en este aspecto no rebate que la publicación efectuada pone de manifiesto un discurso de neto tinte satírico en la que se busca parodiar la particular posición pública asumida por la Sra. Pando en la defensa de los exmilitares presos por las graves violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar argentina.

Dentro de esa comprensión los planteos de la actora no logran conmover la especial protección constitucional y convencional que merece la publicación satírica en cuestión, integrada por la imagen y las leyendas. De esta manera, la CSJN-Ar llegó a la conclusión de que la imagen cuestionada “no resulta lesiva del derecho al honor de la actora, dado que constituye una crítica política que no excede los límites de la protección que la Constitución Nacional otorga a la libertad de expresión pues no configura un insulto gratuito ni una vejación injustificada”.²¹

Otro caso en el que la CSJN-Ar se refirió explícitamente a los estereotipos de género, es el caso “Etcheverry” que fue iniciado por un padre trabajador y una madre trabajadora en una empresa con más de mil empleados, siendo el primero, padre de un niño de dos años y la segunda, madre de una niña de un año y seis meses. Iniciaron una acción de amparo argumentando que el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, PEN-Ar) era responsable de no haber reglamentado el artículo 179 de la Ley 20.744, promulgada en el año 1974, lo que configuraría un caso de inconstitucionalidad por omisión. Dicha normativa indica que “en los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el emplea-

²¹ CSJN-Ar, “*CIV 63667/2012/CSI, Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa S.R.L. s/ daños y perjuicios*” (2020, diciembre 22). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7638061>

dor deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”. En 1974, el legislador previó las guarderías y las salas maternales como un derecho de las madres trabajadoras, incorporando el artículo en el capítulo “De la protección de la maternidad”.

Al momento de resolver, la CSJN-Ar evalúa los cambios culturales que han sucedido en el ámbito de las familias y los avances en materia de derechos humanos y de igualdad en los 40 años desde que se dictó la ley en cuestión. Así, el fallo del máximo Tribunal argentino sostiene que:

Las mandas que emergen del bloque de constitucionalidad y de las cláusulas supra-legales citadas ponen de manifiesto, asimismo, la necesidad de superar los estereotipos de género que una lectura literal del artículo 179 podría abonar. La limitación del derecho a contar con guarderías en sus lugares de trabajo a las trabajadoras (interpretando que se excluiría a los trabajadores) desconoce que “las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos” (cfr. arg. Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Fornerón e hija vs. Argentina’, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 50).²²

Por ello, el fallo en cuestión sopesa que la norma sancionada en 1974 estaba destinada a una sociedad y una realidad sustancialmente distintas a la actual, por lo que una limitación o impedimento -basado en el sexo y/o en el género- importaría consagrar una inteligencia regresiva y discriminatoria, que contrasta

²² CSJN-Ar, “CAF 49220/2015/1/RH1, Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986” (2021, octubre 21). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7701701>

con la orientación postulada por la CSJN-Ar, al señalar que “las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por su naturaleza, tiene una visión de futuro, (y) está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción”.²³ Por este motivo, no resulta óbice a la conclusión que antecede la obligación que la Constitución de la Nación Argentina impone al legislador de adoptar medidas de acción positiva en favor de las mujeres (artículo 75 inciso 23), pues dicha cláusula está destinada a resaltar la necesidad de equiparar a sectores históricamente rezagados, pero no a desconocer los derechos que pudieran corresponder a otros colectivos que se encuentren en igualdad real de condiciones. En base a estos y otros argumentos, se confirmó el fallo que condenó al PEN-Ar a ejercer la facultad reglamentaria prevista en la norma constitucional.

También en el caso “Puig, la CSJN-Ar resolvió que los trabajadores varones están amparados por el artículo 181 de la Ley de Contrato de Trabajo que presume que el despido obedeció al matrimonio a los efectos de otorgar una indemnización agravada. Previamente, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó el rechazo al reclamo de la indemnización especial por despido por causa de matrimonio promovido por el trabajador tras ser desvinculado sin expresión de motivos sobre la base de la doctrina plenaria del fuero, admitiendo que tanto los empleados varones como las empleadas mujeres tienen derecho a la indemnización del artículo 182 de la mencionada ley laboral en caso de despido por causa de matrimonio, pero sostuvieron que la presunción contenida en el artículo 181 sólo se aplica a los supuestos de trabajadoras mujeres de manera que, para obtener el resarcimiento agravado, los varones deben probar que la desvinculación obedeció al hecho de haber contraído enlace.

²³ CSJN-Ar, “*Etcheverry*”, considerando 9.

Contra ese pronunciamiento, el trabajador interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja en examen ante la CSJN-Ar. El apelante sostuvo, entre otras cuestiones que lo decidido vulnera las garantías de igualdad y no discriminación y la protección de la familia que cuentan con consagración constitucional, así como en diversos tratados internacionales de derechos humanos. El Máximo Tribunal discrepó con la Cámara Laboral y concluyó que:

No constituye derivación razonada de las normas examinadas en los dos considerandos precedentes pues, como quedó claramente expuesto, la ley no restringe su protección a las hipótesis de despido de trabajadoras mujeres... No hay en la literalidad de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT... elemento alguno que autorice a excluir de sus disposiciones al trabajador varón, advirtió el Tribunal y destacó que la propia ley prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo.²⁴

La CSJN-Ar sostuvo, además, la restricción consagrada en el fallo apelado se revela como producto de una inteligencia regresiva, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad:

En efecto, el paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones en los últimos años orientándose hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, inclusive, puede no haber diferencia de sexo— se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares.²⁵

El Tribunal cimero abordó los estereotipos de géneros en cuanto sostuvo que, en la actualidad, resulta imperativa una lec-

²⁴ CSJN-Ar, “*CNT 57589/2012/1/RH1, Puig, Fernando Rodolfo c/ Minería Santa Cruz S.A. s/ despido*” (2020, septiembre 24), 22. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7607211>

²⁵ CSJN-Ar, “*CNT 57589/2012/1/RH1, Puig*”, 28.

tura dinámica y progresiva de la norma que, superando los estereotipos culturales con tintes discriminatorios procuren la protección a todos los trabajadores, con una interpretación enmarcada en la equidad de género.

En este punto remarca que la decisión jurisdiccional de considerar que no rige a favor del trabajador varón la presunción del despido por causa de matrimonio importa recurrir a consideraciones que no encuentran acogida en una sociedad actual, “en la que imperan criterios que se alejan de los estereotipos vigentes en otro tiempo, enmarcados en un contexto socio-cultural en el que la igualdad de género no alcanzaba el grado de desarrollo y reconocimiento que hoy ha logrado tanto a nivel nacional como internacional”.²⁶

El caso “Rivero” que comentamos a continuación puede resumirse de la siguiente manera. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la provincia de Formosa absolvió a Alberto Rivero y a C.S.A.D. de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante reiterado —cinco hechos— y abuso sexual gravemente ultrajante con acceso carnal —tres hechos—, atribuidos en carácter de autor y partícipe respectivamente. Contra esta sentencia absolutoria, el Ministerio Público de la Defensa (en adelante, MPD-Ar), en representación de la querellante E.M.D.G. interpuso recurso de casación que fue rechazado. Ante este resultado, dedujo recurso extraordinario federal, que le fue concedido y el caso llegó a la CSJN-Ar para su análisis.

Surge de los hechos del caso que E.M.D.G estuvo detenida en un Escuadrón de Gendarmería Nacional, donde fue abusada reiteradamente por A. R., un gendarme que abusó sexualmente y la obligó a practicarle sexo oral, mientras que C.S.A.D., otra mujer detenida, la amedrentó para que no se opusiera a esos abusos. La querella alegó que la sentencia era arbitraria porque se basó en afirmaciones dogmáticas y estereotipadas, desaten-

²⁶ CSJN-Ar, “Puig”, 35.

diendo las pautas establecidas en la legislación nacional e internacional para los supuestos de violencia contra las mujeres. En particular, destacó la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación y a la tutela judicial efectiva.

El PGN-Ar ante la CSJN-Ar destacó que, de acuerdo con lo expresado por la Corte IDH, “los dichos de la víctima constituyen una prueba fundamental en esta agresión y no se puede reclamar o esperar pruebas gráficas o documentales” (caso “J. vs. Perú”, sentencia de 27 de noviembre de 2013, parágrafo 323, entre otros casos).²⁷ Subrayó la necesidad de evitar patrones socioculturales discriminatorios que pueden llevar a descalificar la credibilidad de la víctima ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor. En este sentido, remarcó la necesidad de aplicar el principio de amplitud probatoria para dar cumplimiento con la obligación de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Además, el PGN-Ar destacó que la declaración de la mujer que alega haber sido víctima de violencia de género debe ser especialmente atendida por los jueces, porque los hechos de esta naturaleza habitualmente se cometen en un ámbito de privacidad y sin la presencia de testigos directos, de conformidad con el artículo 16 inciso d de la Ley N° 26.485, que establece el derecho a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte.

Entre los argumentos expuestos para decidir, el dictamen sostuvo que el razonamiento judicial sobre el que se construyó la valoración de la prueba en la instancia anterior, fue construido sobre estereotipos según los cuales una mujer que fuese desenfadada en sus expresiones o comportamientos sexuales con alguna persona en particular, no podría proceder con timidez al

²⁷ CSJN-Ar, “FRE 8033/2015/TO1/6/RH1, Rivero, Alberto y otros s/ abuso sexual” (2022, marzo 3), 6. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7729961>

referirse a hechos de violencia sexual de los que fue víctima. Con cita expresa, una vez más, de la jurisprudencia interamericana destacó el informe temático sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que:

La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (caso “González y otras —Campo Algodonero— vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, parágrafo 400).²⁸

A MODO DE CIERRE

Tal como anuncié al inicio de este trabajo, he intentado abordar sintética y casuísticamente las sentencias de la CSJN-Ar, en las que explícitamente se analizaron cuestiones relacionadas con la incidencia de estereotipos de género en el razonamiento y en la interpretación judicial. La evolución realizada muestra la importancia que tiene que el máximo Tribunal Argentino haya identificado estereotipos de género en las instancias judiciales que le preceden con claros efectos perjudiciales en cuanto al goce de derechos humanos tales como el derecho a la igualdad y a la no discriminación, a acceder a la justicia, a una vida libre de violencia, entre otras.

²⁸ Para consultar: CSJN-Ar, “Rivero”, 14.

Sin dudas, estas sentencias de la CSJN-Ar marcan un rumbo alentador respecto de la erradicación de los estereotipos de género en el razonamiento judicial que servirá de pauta obligatoria para todos los tribunales de nuestro país. Asimismo, los precedentes judiciales comentados son ciertamente demostrativos de cómo su utilización vulnera derechos humanos, y por lo tanto pueden acarrear responsabilidad internacional de nuestro país, si no son abordados de manera adecuada de conformidad a los tratados internacionales de derechos humanos consagrados en la Argentina.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Anís, Mónica, “El derecho a la igualdad y la configuración de estereotipos en la perspectiva del sistema interamericano de protección de derechos humanos”. *Revista Enseñanza del Derecho*. N° 4. Corrientes: Facultad de Derecho UNNE - Contexto, 2022.
- Catuogno, Lucía M., “Estereotipos y violencia de género: estudio de casos paradigmáticos ante el Comité CEDAW”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Año 17/N° 50. La Plata: UNLP, 2020. <https://doi.org/10.24215/25916386e048>
- Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia, 2010.
- Di Corleto, Julieta, “Cultura de la violación y razonamiento judicial. Los estereotipos sexuales en la jurisprudencia de las altas cortes de la región”. En Federico José Arena (coordinador). *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Edición PDF, 2022.

- Rivas, Andrés, *Estilo Chicago: Cómo se deben citar las fuentes. Guía Normas APA, Edición PDF, 2023, marzo 17.* <https://normasapa.in/estilo-chicago/>
- Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante ley ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

Jurisprudencia consultada

- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). “CSJ 873/2016/CS1, S.J.M. s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo-”, 2020, junio 4. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7580784>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). “CNT 57589/2012/1/RH1, Puig, Fernando Rodolfo c/ Minería Santa Cruz S.A. s/ despido”, 2020. Septiembre 24, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7607211>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). “CIV 63667/2012/CS1, Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa SRL s/ daños y perjuicios”, 2020, diciembre 22. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7638061>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). “CAF 49220/2015/1/RH1, Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986”, 2021, octubre 21. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7701701>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). “FRE 8033/2015/TO1/6/RH1, Rivero, Alberto y otros s/ abuso sexual”, 2022, marzo 3. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7729961>
- Procurador General de la Nación (Argentina), “S.J.M. s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo- CSJ 873/2016/CS1”, 2018,

febrero 28. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7580782&cache=1698062650549>

Páginas web consultadas

Centro de Información Judicial. La Corte Suprema atendió los argumentos de una víctima de violencia de género que había sido condenada por lesionar a su expareja actuando en legítima defensa. 2019, octubre 30. <https://www.cij.gov.ar/nota-35987-La-Corte-Suprema-atendi--los-argumentos-de-una-v-ctima-de-violencia-de-g-nero-que-hab-a-sido-condenada-por-lesionar-a-su-expareja-actuando-en-leg-tima-defensa-.html>

Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Comité CEDAW. Recomendación general: Resolución N° 19. http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf

Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Comité CEDAW. Recomendación general: Resolución N° 33. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

Organización de Estados Americanos. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Para”. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

LA DESAPARICIÓN DE PODERES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS, ANÁLISIS HISTÓRICO DE UN MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

CARLOS TADEO SALAZAR OLIVA*

VIOLETA MENDEZCARLO SILVA**

RESUMEN

En el presente documento se hace un análisis histórico jurídico en el que se plantea la naturaleza de medio de control constitucional de la facultad del senado consistente en el procedimiento de desaparición de poderes en la Entidades Federativas, planteando que lo que significa de fondo es el respeto a diversos derechos civiles y políticos de la población de la entidad en que se plantean, así mismo, se trata de un medio de preservación de la regularidad constitucional. Sin embargo, antes de la aparición de la ley reglamentaria (en el año de 1978), y hasta el momento su único uso conocido tiene más bien el carácter de garante de

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, fue Oficial administrativo y Actuario Judicial, en Junta Especial de la Federal de Conciliación y Arbitraje en San Luis Potosí. Agente del Ministerio Público de la Federación de carrera en la Procuraduría General de la República y en la actual Fiscalía General de la República (2016-2021) en la Delegación de Chihuahua y también en la Delegación de Guanajuato; Defensor Público Federal en el Instituto Federal de Defensoría Pública perteneciente al Poder Judicial de la Federación en Guanajuato, y actualmente en San Luis Potosí, San Luis Potosí. Correo de contacto: xiontadeo@hotmail.com

** Abogada y maestra en Administración de Impuestos por la UASLP. Desde 2005 articulista de la revista *Nuevo Consultorio Fiscal* de la UNAM. Profesora de tiempo completo para el área de Derecho Fiscal de la Facultad de Derecho “Abogado Ponciano Arriaga Leija” de la UASLP, desde 2010. Doctora en Derecho por la Universidad de Nayarit, con Mención Honorífica en enero de 2016. SNI Nivel I. Líder del Cuerpo Académico Estado Constitucional y Derechos Emergentes. Profesora del Núcleo Académico Básico de la Maestría Interdisciplinaria en Ciudades Sostenibles. Actualmente es coordinadora de la licenciatura en derecho de la UASLP. Premio Nacional a la Investigación Jurídica ANFADE 2023. violeta.mendezcarlo@uaslp.mx

la posición política presidencial, por lo que su aplicación basada en los procesos establecidos por la ley reglamentaria, deberá ser en salvaguarda de las estructuras jurídico constitucionales, antes que de la conservación de la verticalidad del poder ejecutivo federal (como se analiza en los casos de tres entidades federativas). Por ello, la hipótesis que se plantea, pretende establecer la necesidad de refrendar la naturaleza de medio de control constitucional de esta facultad.

PALABRAS CLAVE: Control constitucional, desaparición, poderes.

ABSTRACT

In this document, a historical legal analysis is made in which the nature of the means of constitutional control of the power of the Senate consisting of the procedure of disappearance of powers in the Federal Entities is raised, proposing that what it basically means is respect. to various civil and political rights of the population of the entity in which they are raised, likewise, it is a means of preserving constitutional regularity. However, before the appearance of the regulatory law (in 1978), and until now its only known use has rather the character of guarantor of the presidential political position, so its application based on established processes by the regulatory law, it must be to safeguard the constitutional legal structures, rather than the conservation of the verticality of the federal executive power (as analyzed in the cases of three federal entities). Therefore, the hypothesis that is proposed seeks to establish the need to endorse the nature of a means of constitutional control of this faculty.

KEYWORDS: Constitutional control, disappearance, government powers.

INTRODUCCIÓN

La desaparición de poderes en las Entidades Federativas, el día de hoy es una facultad regulada por una ley especializada que concede la facultad exclusiva al Senado de la República, como poder soberano del Estado Mexicano para ordenar dicha desaparición de poderes. Esta ley data del año de 1978 y reglamenta el artículo 76 fracción V de la Ley Fundamental mexicana.

Inicialmente, esta facultad fue frecuentemente utilizada por razones de índole político mientras no existió una regulación expresa; sin embargo, una vez emitida la ley reglamentaria de esta figura su aplicación ha cesado; por lo que -como se demuestra a lo largo de la presente investigación-, esta norma debe ser considerada como un auténtico medio de control constitucional. Lo anterior debido principalmente a que tiende a la protección de la integridad constitucional y consecuentemente a la protección de los Derechos Humanos que ella consigna y reconoce.

Adicionalmente, en el presente trabajo, se analizan las irregularidades con las que se aplicó dicha figura desde la aplicación previa a su regulación, y cómo se trata de una institución que exige ser vigilada para ser aplicada en salvaguarda de la integridad del Estado y no como un instrumento político. Su naturaleza sumaria violentó, como se analiza, en varias ocasiones la claridad de los procesos de gobernabilidad en el país, generándose afectaciones en los sistemas político y social de las entidades federativas, y sus gobernados.

La facultad de desaparición de poderes en las entidades federativas hasta antes de la entrada en vigor de la Ley Reglamentaria de la fracción V del artículo 76 de la Constitución General de la República (publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, en 29 de diciembre de 1978), era vaga e inexacta puesto que en los procesos en que se aplicó, fueron meramente políticos y carentes de sustento constitucional según se analizará.

El objetivo del presente documento es establecer una propuesta que permita visualizar a la facultad exclusiva del Senado

la desaparición de los Poderes en las entidades federativas como un medio de Control Constitucional a la luz de los requisitos con que debe contar este tipo de garantías, a través de la aplicación de una metodología documental-histórica.

Entre sus objetivos específicos puede enlistarse: realizar un análisis de los quince artículos de la Ley Reglamentaria de la fracción V del artículo 76 de la Constitución General de la República; y establecer si dicha Ley reglamentaria prevé presupuestos procesales constitucionales en los que se advierta adopten una substanciación equiparable o similar a aquellas que reglamentan los otros medios de Control Constitucional que prevé la Constitución.

Actualmente, la Ley Reglamentaria de la fracción V del artículo 76 de la Constitución General de la República (en adelante Ley Reglamentaria), establece un procedimiento que debe de seguir la Cámara de senadores para determinar que se configure la desaparición de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de un Estado y hacer la declaratoria de que debe nombrarse un Gobernador provisional; no obstante, esta ley prevé supuestos para la procedencia de dicha desaparición similares a los previstos para otros medios de control Constitucional.

Como un segundo objetivo se analizan los actuales supuestos de procedencia y efectos de este procedimiento para proponer se repute como un medio de control constitucional y no como una mera facultad del Senado.

Como un tercer objetivo se realizará un análisis de las diferentes ocasiones en que se ha realizado la declaratoria de desaparición de poderes en nuestro país, a efectos de demostrar las causas de procedencia y efectos que se produjeron en cada uno de los casos.

Para efectos de lo anterior, se buscará responder a las siguientes preguntas de investigación ¿En qué casos y contextos se aplicó la desaparición de poderes en entidades federativas de México?, ¿Cuáles fueron sus consecuencias para efectos constitucionales?, ¿Por qué es relevante desde la perspectiva garantis-

ta la regulación establecida por la Ley Reglamentaria?, ¿Cuáles son las características de los medios de control de garantías constitucionales?

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE DESAPARICIÓN DE PODERES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS EN MÉXICO

Los antecedentes de la declaratoria para la desaparición de poderes en las Entidades Federativas se incluyeron durante la vigencia de la Constitución de 1857, cuando en el año de 1874, se redactó al tenor de lo siguiente:

1º. Reforma del artículo 72 de la Constitución Política de la República mexicana de 1857, del 13 de noviembre 1874. "... b. Son facultades exclusivas del Senado de la República. I. a IV. ... V. Declarar, cuando hayan desaparecido los poderes constitucionales Legislativo y Ejecutivo de un estado, que es llegado en caso de nombrarle un gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes constitucionales del mismo estado. El nombramiento de gobernador se hará por el Ejecutivo Federal con aprobación del Senado, y en sus recesos con la de la Comisión Permanente. Dicho funcionario no podrá ser electo gobernador constitucional en las elecciones que se verifiquen en virtud de la convocatoria que él expidiere. VI a VII ...".¹

Esta misma redacción se reproduce en el segundo proyecto de constitución de Venustiano Carranza, emitido en la ciudad de Querétaro el 1 de diciembre de 1916. Sin embargo, el constituyente de 1917, durante el proceso de discusión de dicha disposición en particular, decidió realizar adecuaciones a la misma,

¹ Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (Diario Oficial de la Federación, Leyes Federales de México, México, 1917) Tomo V, Cuarta época, núm. 30:155

para quedar en la promulgación del nuevo pacto social de la manera siguiente:

Art. Son facultades exclusivas del Senado: I a IV ... V. Declarar, cuando hayan desaparecido los poderes constitucionales de un Estado, que es llegado en caso de nombrarle un gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes constitucionales del mismo Estado. El nombramiento de gobernador se hará por el Senado a propuesta en terna del Presidente de la República con aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes, y en los recesos, por la Comisión Permanente, conforme a las mismas reglas. El funcionario así nombrado, no podrá ser electo Gobernador constitucional en las elecciones que se verifiquen en virtud de la convocatoria que él expidiere. Esta disposición regirá siempre que las constituciones de los Estados no prevean el caso. VI a VIII.²

Esta redacción permanece intocada y vigente al día de hoy en nuestra constitución. Cabe mencionar que el texto que se cita,³ refiere que no existe precedente en el sistema nacional sobre la trascendencia de dicha facultad, aunque estima que encuentra su justificación en virtud de la cesión de soberanía para la preservación del pacto federal y que, en consecuencia, legitima la supremacía de la Federación otorgándole un papel de protector del sistema sustentado en el Pacto Federal.

Cabe mencionar que la facultad del Senado para declarar que han desaparecido todos los poderes en las entidades federativas al amparo del artículo 76 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ha ejercido en 62 momentos: en trece ocasiones no hubo declaratoria en ningún sentido; en cuarenta y dos casos se negó la desaparición de poderes; y sólo seis planteamientos han resultado procedentes —y en una de estas seis se invalidó posteriormente—.

² Ver nota 3.

³ Gamboa y Cordero, *Desaparición de poderes, estudio teórico doctrinal, de antecedentes constitucionales e históricos, y de iniciativas presentadas* (Cámara de Diputados, México, noviembre, 2006): 4.

Tabla 1. Descripción de casos de promoción de desaparición de poderes de las entidades federativas en México

Caso	Interés	Procedibilidad
Campeche 1917	Asimilación del gobernador preconstitucional al provisional. Elección del gobernador provisional como constitucional en las elecciones por él mismo convocadas. Ejemplo de las quejas planteadas ante el Senado para que éste declarase desaparecidos los poderes de todos los estados en los que después de la vigencia de la Constitución, continuaran los gobernadores preconstitucionales. Diferenciación de los delitos oficiales como causa de desaparición de poderes.	No hubo declaratoria
Guerrero 1917	Ejemplo de la designación de gobernador provisional por el ejecutivo federal en violación del artículo 76 fracción V constitucional.	No hubo declaratoria
Tamaulipas 1918	Cuestión surgida a raíz de las elecciones locales. El ejecutivo federal convoca expresamente al Senado a sesiones extraordinarias para conocer de la posible desaparición de poderes. Sometimiento del problema electoral a la Suprema Corte de Justicia. Se sustentó la tesis de que la terna para gobernador provisional no podía ser rechazada por el Senado y que la Comisión Permanente del Congreso de la Unión no podía destituir al gobernador provisional, pues esta última facultad debe ejercitarse conjuntamente con el ejecutivo federal. El gobernador provisional destituido promovió amparo contra la Comisión Permanente.	No

Guerrero 1918	El gobernador constitucional desempeñó funciones federales y por su incumplimiento fue arrestado sin respetar su fuero. Designación del gobernador provisional como interino en violación del precepto de la desaparición de poderes. La causa argumentada para constatar la desaparición de poderes fue la sublevación de los poderes legislativo y ejecutivo sustituto contra los poderes federales. No se dice nada respecto del poder judicial.	No
Tamaulipas 1919	Se sustentó que no era posible el reenvío al Ejecutivo federal de la terna para designación del gobernador provisional. Propuesta de Ancona Albertos para modificar el precepto constitucional respecto a que la terna para designación de gobernador provisional, sea elaborada por la Cámara de Diputados.	No
Michoacán 1920	Se interpretó la última frase de la fracción V del artículo 76 constitucional. Aseveración de que a pesar de que la Constitución estadual prevea quién será gobernador provisional, corresponderá al Senado constatar la desaparición de poderes mediante la declaratoria respectiva. Primer caso en que se declaró incompetente la Suprema Corte de Justicia para decidir sobre el supuesto de desaparición de poderes.	No
Zacatecas 1920	Planteado como un caso de desaparición de poderes, lo que efectivamente hubo fue un conflicto político entre los poderes ejecutivo y legislativo locales.	No hubo declaratoria
Guanajuato 1920	Desaparición de poderes por un movimiento revolucionario, parecido al de 1913-1917.	No hubo declaratoria

LA DESAPARICIÓN DE PODERES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Querétaro 1920	A pesar de haber designado gobernador provisional, el Senado declaró insubsistente la declaratoria con posterioridad.	Declaratoria invalidada posteriormente.
Nuevo León 1920	Único caso en que la Constitución local instrumentaba la designación del gobernador provisional sin necesidad de que el Senado constatará la desaparición de poderes. Se dan nuevas interpretaciones sobre la aplicación de las Constituciones locales. Se propuso por Pescador la procedencia de la facultad senatorial ante el caso de la desaparición de uno sólo de los poderes locales. Se aseveró que, ante los conflictos de un solo poder, serían siempre de interpretación del derecho y no políticos, por lo que correspondería resolverlos a la Suprema Corte de Justicia. Interposición del veto presidencial ante la resolución del Senado de no declarar desaparecidos los poderes.	No hubo declaratoria.
Jalisco 1920	Se evidenció la necesidad de estudiar detenidamente los antecedentes de los candidatos a gobernador provisional que figuren en una terna. Se exigió al gobernador provisional ser originario del estado en cuestión. Se plantea nuevamente la posibilidad de rechazar una terna presidencial y en esta ocasión si se aceptó el rechazo y se envió una segunda terna. No considera procedente la declaratoria de desaparición, pues no existió acefalía de poderes pudiendo haberse autorizado al gobernador impuesto por el Plan de Agua Prieta la facultad de convocar elecciones.	NO
Tamaulipas 1920	Habiendo gobernador impuesto por el Plan de Agua Prieta, no había acefalía de poderes.	NO

México 1920	A pesar de que la Legislatura fue reconocida como legítima por los jefes del plan de Agua Prieta, se declaró la desaparición con flagrante violación de la Constitución Federal.	NO
Puebla 1920	Supuesta declaratoria de desaparición de poderes. Señalamiento del ejecutivo federal que es el poder judicial local no tenía facultades para reconstruir los demás poderes. El poder judicial ante la disolución de los demás poderes había decidido suspender sus actividades dado el movimiento revolucionario. El gobernador designado según el Plan de Agua Prieta había reconocido a dicho poder judicial y solicitando la continuación de sus funciones. Se plantea por primera vez que, a pesar de que lo establezca la Constitución general, si el poder judicial local no tiene facultades para reconstruir los poderes locales, deben considerarse desaparecidos todos los poderes cuando así haya ocurrido con el ejecutivo y legislativo local. Interpusieron el primer amparo contra el ejercicio de la facultad senatorial, aunque de una manera muy peculiar: no era el poder judicial local el que amparaba, sino los magistrados que conjuntamente argumentaban que se les había destituido por un órgano incompetente para hacerlo. Se designó un segundo gobernador provisional para que decidiera sobre la legitimidad de las elecciones convocadas por el primer gobernador provisional.	NO

LA DESAPARICIÓN DE PODERES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

<p>Veracruz 1920</p>	<p>El gobernador impuesto por la Revolución de Sonora reconoció legitimidad a la anterior Legislatura, para que ésta lo declarará gobernador sustituto. Primero solicitó la declaración de desaparición de poderes; pero finalmente en forma acertada, se destituyó a dicho gobernador por el ejecutivo federal.</p>	<p>No hubo declaratoria</p>
<p>Campeche 1920</p>	<p>Se sustentó la tesis de que únicamente el ejecutivo federal podría saber si efectivamente habían desaparecido los poderes locales, por lo que el Senado no puede ni debe investigar el origen de la desaparición de poderes y en consecuencia debe aceptar fielmente lo dicho por el ejecutivo. Discusión sobre el supuesto de desaparición que establecía la Constitución local. A pesar de ello, se designó por el Senado un gobernador provisional.</p>	<p>SI</p>
<p>Yucatán 1920</p>	<p>Habiendo sido nombrados dos gobernadores según el Plan de Agua Prieta, pero habiéndose coludido con los poderes desconocidos por la Revolución, efectivamente procedía la designación de gobernador provisional.</p>	<p>SI</p>

Oaxaca 1920	Planteamiento de una disyuntiva interesante: por una parte, designación indebida de un gobernador provisional realizada por el ejecutivo federal y su obligado desconocimiento por el Senado y, por otra parte, la convocatoria a elecciones promulgada por el gobernador ilegítimo de inminente aplicación, con lo cual reconstruirían los poderes locales y la necesidad de desinar un nuevo gobernador provisional que anule todos los actos del ilegítimo, incluyendo la convocatoria a elecciones, con el consecuente retraso en la reconstrucción de los poderes. Como la declaración de desaparición de poderes se emitió cuando efectivamente había un vacío de poder legítimo, se consideró procedente la medida senatorial	SI
Morelos 1920	Al igual que el caso anterior el ejecutivo sustituto había designado gobernador provisional tratando de aplicar extemporáneamente el Plan de Agua Prieta y al margen de las atribuciones del Senado. Es de suponerse que los poderes legislativo y judicial habían desaparecido a raíz del movimiento revolucionario de este año.	SI
Tabasco 1920	Se reitera el argumento de que el Senado no puede ejercitar su facultad en periodo de sesiones extraordinarias si en la convocatoria respectiva no se previó. Primer caso en el que se envía una “terna” integrada por dos personas. El Senado califica la legitimidad de los poderes locales y desconociendo a ambos candidatos y centrandolo la desaparición de poderes en el gobernador, basándose incluso en actos de la Legislatura, existente obviamente, para la declaratoria.	No. Incongruencia de declarar insubsistente la desaparición de poderes.

LA DESAPARICIÓN DE PODERES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

San Luis Potosí 1920	Se planteó el caso en que existan dos gobernadores y dos legislaturas.	No hubo declaratoria.
Chihuahua 1920	El Plan de Agua Prieta permitió la designación de un gobernador provisional, legitimado por la Revolución, quién convocó de inmediato a elecciones y, de esta manera, pudieron reconstruirse los poderes constitucionales en el estado. Este procedimiento debió imitarse en todos los casos parecidos, que fue la mayoría, ocurridos en 1920.	No hubo declaratoria.
San Luis Potosí 1923	Caso de dualidad de poderes en el cual el ejecutivo federal había desconocido a ambos. Se pone de manifiesto que el desconocido de ambos poderes, implica el de calificar de ilegítimos a todos. El amparo interpuesto por los afectados prosperó a pesar de la calificación de que tal intervención invadía las atribuciones de los poderes federales. Aceptación de que efectivamente existía el poder judicial local y defensa del argumento de que, a pesar de su existencia, debe considerarse la desaparición de poderes.	No hubo declaratoria.
Morelos 1923	Único caso en el que una vez realizada la declaratoria de desaparición de poderes, hubo que esperar nueve meses más para designar gobernador provisional, pues el ejecutivo federal no envió la terna sino hasta transcurrido ese lapso. No se considera adecuada la declaratoria, pues ya funcionaba un gobernador, quien hubiera podido expedir la convocatoria a elecciones.	NO

Tamaulipas 1924	Caso en el cual se argumentó a favor de la facultad de la Comisión permanente para arrogarse el ejercicio de la declaración de desaparición de poderes. No se aplicó la Constitución local para designar gobernador provisional a quien ella determinaba porque se argumentó que esta persona había incurrido en la misma causal de desaparición que los otros poderes locales. Esta causal fue la rebelión del estado contra la federación y, aunque ciertamente es suficiente para efectuar la declaratoria correspondiente no se considera procedente, ya que la facultad senatorial fue ejercida por la Comisión Permanente.	NO
Puebla 1924	Nuevamente un movimiento rebelde resultó ser la causa de desaparición de poderes. La Comisión Permanente efectuó la declaratoria respectiva.	NO
Oaxaca 1924	Discusión sobre las funciones del gobernador provisional.	NO
Morelos 1924, 1925, 1927	Único caso cuyo conflicto político persistió durante más de tres años. Se puntualizó que el gobernador provisional no debía satisfacer necesariamente los requisitos que los demás tipos de gobernadores establece el artículo 115 constitucional. El cambio de tres gobernadores provisionales significa que la Federación no actuó con la debida rigidez del caso, ya que si por el incumplimiento a sus atribuciones de convocar a elecciones, se les hubiera fincado responsabilidad oficial, seguramente los siguientes hubieran cuidado de cumplir sus obligaciones, por encima de sus intereses.	NO

LA DESAPARICIÓN DE PODERES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Aguascalientes 1924	Se reitera la tesis de que a pesar de la existencia del poder judicial local era necesaria la intervención del Senado para designar gobernador provisional, ya que el judicial local no podía convocar a elecciones.	No hubo declaratoria.
Chiapas 1924	Nuevo de dualidad de poderes. Los federales calificando de ilegítimos a todos los que ostentan como los poderes locales y, sin acatar lo dispuesto en la Constitución local, designó un gobernador provisional.	NO
Coahuila 1925	Surgido a raíz de un conflicto político entre los poderes locales. Los poderes federales se consideraron incompetentes para decidir sobre la validez de las elecciones locales y calificar la legitimidad de los poderes. Incongruencia con la intervención en otros casos. Acertada aplicación de la función investigadora de la Suprema Corte de Justicia.	No hubo declaratoria.
Aguascalientes 1925	Único caso en que el propio gobernador del estado solicita la declaratoria de desaparición del poder legislativo local, constituyendo un absurdo.	No hubo declaratoria.
Nayarit 1927	Lo que debe resolverse como un conflicto político entre los poderes estatales, se resolvió como desaparición de poderes. La Comisión Permanente se arrogó la facultad senatorial y después de 4 gobernadores provisionales, unos destituidos, otros con licencia, el último de ellos se le equiparó a un gobernador sustituto. Se argumentó con inasistencia la nulidad del poder judicial local para reconstruir los poderes estatales.	NO

Puebla 1927	Dualidad de poderes legislativos y carencia de facultades, además de imputaciones penales, a cargo del gobernador. Es el caso más discutido respecto a la designación de un gobernador provisional. La Comisión Permanente nuevamente se arrogó la facultad señorial.	NO
Veracruz 1927	Se declaró la desaparición de poderes por la división de la Legislatura y la huida del gobernador de la sede oficial de los poderes. Lo anterior no es casual suficiente para la declaratoria. Con violación en lo dispuesto por la Constitución local se designó gobernador provisional una persona no prevista en el orden constitucional local.	NO
Chiapas 1927	Por una supuesta labor sediciosa de los poderes ejecutivo y legislativo del estado, se declararon desaparecidos los poderes. Se otorgó licencia al gobernador provisional designado y después se le destituyó de su cargo.	NO
Nayarit 1929	Ejemplo de la decisión de designar gobernador provisional en el mismo día en que se presenta el problema, discute, aprueba la declaratoria de desaparición de poderes. La intención en este caso fue de destituir a un gobernador provisional, por lo que no era necesaria una segunda declaratoria de desaparición de poderes.	NO
Jalisco 1930	Caso resuelto a raíz de la guerra cristera, con el que se subvirtió el orden constitucional en el estado.	SI
Nayarit 1931	Este caso en el fondo sólo merecía la resolución del conflicto político habido entre los poderes locales. No hubo vacío de poder.	NO

LA DESAPARICIÓN DE PODERES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Jalisco 1931	Otro caso resuelto como desaparición de poderes, ameritando la solución que brinda la fracción VI del artículo 76 constitucional. Es el único caso en el cual se declara la desaparición de todos los poderes y se designa gobernador provisional a la misma persona que había sido el gobernador desaparecido.	NO
Colima 1931	Declarada la desaparición de poderes por la Comisión Permanente debido a la intervención de los poderes en las elecciones locales, con lo cual a pesar de haber apoyado la tesis contraria anulaba la celebración de las elecciones ya realizadas. En la discusión de este caso se evidencia la necesidad de reglamentar las funciones de los gobernadores provisionales. Asimismo, se precisa la naturaleza federal de gobernador provisional.	NO
Durango 1931	Se declaró la desaparición de poderes por las múltiples violaciones constitucionales efectuadas por el gobernador sustituto, lo cual hubiera merecido la responsabilidad oficial. La declaratoria se efectuó por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.	NO
Guanajuato 1932	Nuevamente tan sólo por imputaciones formuladas contra el gobernador, la Comisión Permanente declaró la desaparición de poderes estatales. Interposición de amparo basado en brillantes argumentos.	NO
Tlaxcala 1933	La desaparición de poderes se declaró por supuestas violaciones al voto público, siendo en todo caso competencia de la Suprema Corte de Justicia.	NO

Tabasco 1935	Imputándose múltiples violaciones cometidas por las autoridades locales, se declaró la desaparición de poderes por la Comisión Permanente del Congreso.	NO
Colima 1935	Idem.	NO
Guerrero 1935	El Senado desplegó una actividad investigadora no comparable con otros casos. Igualmente, imputaciones a los poderes locales, bastaron para declarar la desaparición de poderes.	NO
Guanajuato 1935	Violaciones a la Constitución: la unión con elementos oligárquicos, fue la supuesta causa de la desaparición de los poderes locales.	NO
Durango 1935	Violaciones a leyes federales y prórroga de funciones del poder legislativo fueron causa para declarar la desaparición de poderes. No se menciona la prórroga de funciones del ejecutivo local, por lo que no consideramos totalmente procedente la declaratoria expedida por el Senado.	NO
Sinaloa 1935	Imputaciones de violaciones al gobernador, motivaron igualmente la declaratoria respectiva.	NO
Sonora 1935	Se le atribuyó al gobernador en turno la comisión de labores subversivas. Se aprecia la ruptura política entre Cárdenas y Calles.	NO
Chiapas 1936	Por opinión de un partido político se declaró la desaparición de poderes en el estado, contrariándose lo dispuesto por la Constitución local.	NO

LA DESAPARICIÓN DE PODERES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

San Luis Potosí 1938	Rebelión de las autoridades locales contra la Federación. Se convocó a sesiones extraordinarias al Senado para que conociera de este caso. Estipulación de los tipos de desaparición de poderes.	NO
Guerrero 1941	Supuestas violaciones al voto público cometidas por el gobernador motivaron la desaparición de poderes. Designación por parte del Senado, de una comisión para la investigación de los hechos denunciados, Se apreció el análisis de este caso en la convocatoria de sesiones extraordinarias. Puntualización de un Senador respecto a que, en la experiencia de esta facultad senatorial, a pesar de que miembros del Congreso de la Unión demuestren las violaciones cometidas en los estados, ha sido una práctica indebida de requerirse la solicitud presidencial para que la declaratoria respectiva prospere. El gobernador provisional tuvo facultad para no sólo satisfacer el supuesto vacío de poder y esperar que llegase el inminente término del período del gobernador desaparecido, para que celebraran las elecciones y se hicieran coincidir los períodos.	NO
San Luis Potosí 1941	La Comisión Permanente del Congreso declaró la desaparición de poderes basado en la supuesta imposibilidad de los poderes locales para ejercer sus atribuciones. La designación de gobernador provisional se efectuó mediante sugerencia oficial del candidato, hecha por un diputado.	NO

Guanajuato 1946	La Comisión Permanente declaró la desaparición de poderes en virtud de un enfrentamiento trágico. La Suprema Corte de Justicia efectuó su función investigadora.	NO
Tamaulipas 1947	Por la comisión de un homicidio por la parte de una persona allegada al gobernador, quien le brindó protección, se declaró la desaparición de poderes por la Comisión Permanente.	NO
Guerrero 1954	Violación a las garantías individuales supuestamente cometidas por todos los poderes locales, motivaron la declaración correspondiente. Asimilación forzada del gobernador provisional a la categoría de sustituto.	NO
Guerrero 1960	Reconocimiento de la acción popular para el trámite de denuncias de posibles violaciones cometidas por los poderes estatales y que, en otros casos han sido causas suficientes para la declaración de desaparición de poderes.	No hubo declaratoria.
Durango 1966	Se alegaron causas vagas inconsistentes, sobre todo contra el gobernador del estado, para declarar la desaparición de poderes. Se designó gobernador provisional sin mediar ninguna terna.	NO
Guerrero 1975	Por delitos del orden común imputados al gobernador se declaró la desaparición de poderes por la Comisión Permanente del Congreso.	NO
Hidalgo 1975	Por múltiples violaciones a garantías individuales a los poderes ejecutivo y legislativo locales, fue declarada la desaparición de poderes por la Comisión Permanente del Congreso. Se designó por el ejecutivo federal a una comisión investigadora de los hechos, integrada por secretarios de Estado.	NO

Fuente: Gamboa y Cordero, 2006.

Por su parte, los periodos políticos en que fueron promovidos dichos procesos refieren una aplicación casi decreciente, pues fueron promovidos mayoritariamente durante el año de 1920, que coincide con interinato del presidente Adolfo de la Huerta, en dieciséis ocasiones; durante el gobierno del presidente Cárdenas, ocho veces (de 1934 a 1940); durante el periodo del presidente Calles (entre 1924 a 1928) y el de Emilio Portes Gil (de 1928 a 1930), catorce veces, considerando las tres veces que se fincó dicho proceso al estado de Morelos; durante el periodo obregonista en seis ocasiones (1920 a 1924); durante la gestión de Venustiano Carranza entre los años de 1917 y 1920, en cuatro ocasiones; durante el gobierno del presidente Ávila Camacho, entre 1940 y 1946, se aplicó tres veces; en el gobierno de Luis Echeverría (1970 a 1976), en dos ocasiones; los presidentes Abelardo Rodríguez, Alemán, Ruiz Cortines, López Mateos u Díaz Ordaz, la aplicaron sólo una vez.

2. CUATRO CASOS SOBRE DESAPARICIÓN DE PODERES EN LAS ENTIDADES MEXICANAS

Para realizar un análisis más cercano de los casos documentados a efectos de cumplimentar la hipótesis planteada, se procederá a seleccionar algunos de ellos como los más representativos a efectos de demostrar que en una buena parte de los casos expuestos, existe un componente político determinante para la propuesta y declaración de la desaparición de poderes (ya sea de los tres poderes, o únicamente del gobernador del Estado).

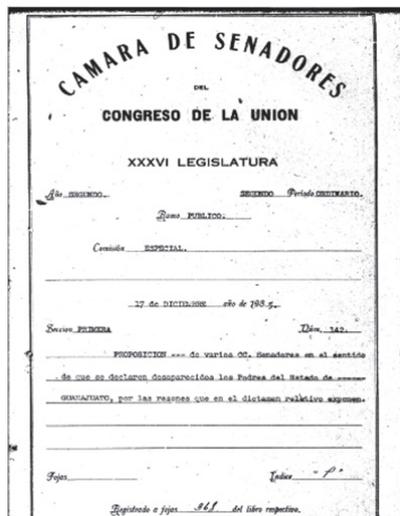
2.1. EL PROCESO DE DESAPARICIÓN DE PODERES EN GUANAJUATO EN 1935

El estado de Guanajuato ha sido sometido a este proceso cuatro veces desde la vigencia de la Constitución de 1917, en el año de

1920, en 1932, en 1935 que es el caso que se analizará en el presente documento, y finalmente en 1946.

El proceso de desaparición de poderes en esta Entidad comenzó en el año de 1935, por propuesta de varios senadores, argumentando que se llevaron a cabo violaciones de derechos humanos por parte del gobernador, aunque el trasfondo de dicha decisión se debió a la afiliación callista de su gobernador. Similar destino sufrió en aquella época los estados de Durango, Sinaloa y Sonora, igualmente por razones de filiación política.⁴

Carátula del expediente de declaración de desaparición de poderes del estado de Guanajuato, del año de 1935



La motivación política se refleja directamente en los motivos de la resolución dentro de la que se determinó lo siguiente:

4 Aguilar, Elsa y Serrano, Pablo, *Posrevolución y estabilidad (1917-1967), Cronología* (SEP- Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2012):144.

“H. Asamblea:

Los suscritos, miembros de esta Alta Cámara, compenetrados de la responsabilidad que recae sobre nosotros en nuestro carácter de funcionarios públicos, que están en todo momento al servicio de los intereses generales del país y de los reclamos de las masas trabajadoras; y,

Teniendo en cuenta que el mantenimiento del orden constitucional y de la vida de las Instituciones es una exigencia vital para la República. Que el funcionamiento de los de los Gobiernos locales debe corresponder de hecho y formalmente a los preceptos constitucionales, de acuerdo con lo cual no resulta concebible la existencia y permanencia de un estado de cosas local en que se emplee sistemáticamente toda clase de recursos oficiales, a efecto de favorecer la restauración de situaciones políticas en las que personas sin responsabilidad gubernamental tengan efectivo control del poder. Que habiendo nuestra Revolución social elevando a normas constitucionales los derechos de las clases obrera y campesina, toda labor que en forma más o menos encubierta tienda a atacar esos derechos debe ser reputada como contraria a la Constitución misma. Que el respeto al Municipio Libre es requisito esencial de nuestro régimen republicano. Que toda actividad que tenga como propósito poner obstáculos al desarrollo normal del Gobierno de la República, tiene que ser conceptuada como violatoria al Pacto Federal y si llega a revestir caracteres agudos, se convierte en peligrosa para la vida de las Instituciones democráticas.

Considerando que los encargados del Gobierno de Guanajuato, no obstante ser producto claro de una política de continuismo, estrechamente vinculada al sistema vicioso de poder de facto, que durante algún tiempo prevaleció en el país, solo había sido conservado por la magnanimidad del Ejecutivo y del Partido de la Revolución, dando con ello la oportunidad de que patentizara que se había dado cuenta de la transformación político-social ocurrida en la última época en nuestro país y que dicho Gobierno Local no ha correspondido a esa actitud, sino que

por el contrario, ha ido acentuando cada vez más su dependencia con los intereses oligárquicos que le dieron vida, empleando sus elementos para realizar una constante agitación en contra del Gobierno revolucionario con la cooperación aun de representantes federales que llegaron a provocar sangrientos hechos en la Cámara de Diputados. Que lejos de apoyar, como era su deber, el propósito de unificación de las clases obrera y campesina, ha estado fomentado la creación de obstáculos a esa labor, pretendiendo desorientar a dichas clases y alejarlas del Gobierno revolucionario, lo cual se ha venido poniendo cada día más de relieve con motivo de las últimas elecciones municipales, en las que ostensiblemente elementos significados del Gobierno Local, entre ellos, algunos diputados, se dedicaron a una labor que ha llegado a revestir el carácter de sediciosa. Que en la Legislatura Local se ha llegado hasta expulsar, o impedir su ejercicio, a los diputados reconocidos como adictos al Gobierno de la República y en quienes por tanto no se esperaba encontrar apoyo para la política que se ha venido incubando. Que también con motivo de las últimas elecciones municipales se ha evidenciado, por conducto de las fuerzas municipales a sus directas órdenes, el ningún respecto que profesan los principales representantes del Gobierno del Estado, por la voluntad de los grupos mayoritarios, al realizar presiones de toda índole a fin de desnaturalizar el resultado de las elecciones. Que el olvido de dicho Gobierno Local del deber de velar por los intereses colectivos, anteponiéndolos a cualquier interés particular, ha llegado al grado de mantener la existencia de monopolios que encarecen el costo de la vida de artículos de primera necesidad y aun a construir un negocio de Estado la explotación de vicio, con gravísimo perjuicio, principalmente, de las clases trabajadoras. Que finalmente los distintos Poderes Locales no funcionan en realidad con tal carácter, sino que, convertidos en un bando político, han borrado toda noción de división de Poderes, fundamento de nuestro régimen republicano, y que esta situación debe ser definitivamente liquidada en estos momentos de reajuste de los auténticos valores revolucionarios.

Por las consideraciones anteriores, nos permitimos someter a la consideración y aprobación, en su caso, de la H. Asamblea, los siguientes:

PUNTOS DE ACUERDO:

PRIMERO.- Son responsables los Poderes del Estado de Guanajuato de violaciones a la Constitución Federal y Local.

SEGUNDO.- Se declaran desaparecidos los poderes del Estado de Guanajuato y que es llegado el caso de nombrarle Gobernador Provisional.

TERCERO.- Con fundamento en la fracción V del artículo 76 de la Constitución Federal, pídase al Ejecutivo de la Unión la terna respectiva para el nombramiento de Gobernador Provisional del referido Estado”.

Como puede desprenderse de la transcripción anterior, en el caso analizado no se concretó la desaparición de todos los poderes, sino únicamente se consolidó la destitución del gobernador por tomar partido en el enfrentamiento callista cardenista. Con ello, se designó gobernador provisional a Enrique Fernández Martínez, con ello, los verdes triunfaban definitivamente (cardenismo) y lograban el poder político guanajuatense.

2.2. PROMOCIÓN DE LA DESAPARICIÓN DE PODERES EN SAN LUIS POTOSÍ, 1938

San Luis Potosí fue sujeto a procedimientos de desaparición de poderes en cuatro ocasiones (en 1920, 1923, 1938 y 1941), aunque solo en dos de los casos resultó procedente y en dos simplemente no se dictó resolución al respecto. En el presente estudio se realizará el análisis del procedimiento planteado en 1938, por rebelión de las autoridades locales contra la Federación, solicitada directamente por el presidente de la República vía telegráfica en términos de lo siguiente:

manifestando que la rebelión del ex-General Saturnino Cedillo ha

Como consecuencia de lo anterior, el 13 de mayo de 1938 cesó en su ejercicio la trigésimo quinta legislatura del Estado, siendo gobernador Genovevo Rivas Guillén. De esta forma, terminó definiéndose la confrontación entre cedillistas y cardenistas, en favor de estos últimos afirmándose el poder del presidente de la república para la consolidación de la expropiación petrolera.

2.3. LA DESAPARICIÓN DE PODERES EN GUERRERO, 1975

El gobernador Nogueta Otero tomó posesión el 20 de abril de 1971 como gobernador sustituto en Guerrero, pero no terminó su mandato, pues el 31 de enero de 1975 fue acusado de fraude por la venta de unos terrenos en la región de Acapulco y el Congreso de la Unión declaró la desaparición de poderes en Guerrero en sólo cuatro horas, sujetando a proceso al Gobernador. Lo sustituyó provisionalmente Xavier Olea Muñoz.

[...] el 14 de diciembre de 1974 fue presentada a la Procuraduría General de la República una denuncia, con copia al titular del Poder Ejecutivo federal, firmada por campesinos de Alta Loma y de El Mirador, en el municipio de Acapulco, en contra del gobernador Israel Nogueta Otero, según la cual éste había concertado una entrevista entre el director del INFONAVIT y el doctor Eusebio Mendoza Ávila con el fin de que el doctor Mendoza ofreciera en venta unos terrenos de la ex hacienda El Coloso.

Los denunciantes agregaron que una vez consumada la venta, el gobernador y el doctor Mendoza obtuvieron una fuerte comisión, lo que constituía un fraude. La PGR se declaró incompetente y se turnó el asunto a la Procuraduría del Distrito Federal, donde se inició una averiguación y, una vez perfeccionada, se consignó al juez quinto penal quien dictó la correspondiente orden de aprehensión en contra de Nogueta.⁶

⁶ Guerrero Cultural, Siglo XXI, A. C., biografía “Nogueta Otero, Israel”, *Enciclopedia guerrerense*, marzo de 2020, México.

La reacción ante la confirmación de la existencia de la orden de aprehensión en contra del gobernador fue señalar que se generaba “intranquilidad social”, y se consideró que integrante de otros poderes locales participaban del fraude, a lo que se debería agregar más situaciones de inseguridad y delincuencia acaecidas en el territorio de la entidad, por lo que se estimó que los titulares de los tres poderes habían dejado de ejercer sus responsabilidades, por lo que de facto, ya existía una desaparición de poderes, por lo que se procedió a votar en consecuencia, aprobándose y solicitando al presidente de la república se presentara una terna para nombrar un gobernador provisional, eligiéndose como tal al Lic. Javier Olea Muñoz, quien tomó cargo del gobierno de Guerrero a las 23:00 horas del mismo día.

Otro problema importante en el entono de la época fue el choque frecuente del gobernador con grupos de estudiantes universitarios vinculados con el guerrillero Lucio Cabañas, huelgas, homicidios y desapariciones forzadas, caracterizaron este periodo desde el periodo previo a cargo del gobernador Raúl Caballero Aburto.

Puede vislumbrarse con todo ello, el trasfondo político de la situación, porque lo realmente precedente era la aplicación de la figura del juicio político, constitucionalmente establecida, haciéndose en esta instancia la denuncia correspondiente y la situación persistía, considerar que existía una desaparición de poderes. Indebidamente, un grupo de senadores se erigió en juzgado señalándole como incapaz para conducir el gobierno, derivado de dichas acusaciones.

2.4. CASO DEL ESTADO DE HIDALGO, 1975

Se trata del último caso de desaparición de poderes en una entidad federativa, desterrando al recién entrado en funciones Otoniel Miranda -quien sólo duró 28 días como gobernador- y quien pretendió dar continuidad con la línea de su antecesor y líder sindical del magisterio Manuel Sánchez Vite, quien ejercía

el control en sus dos bastiones, el estado de Hidalgo y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación, y político cercano a Echeverría.

Desafortunadamente, Otoniel Miranda se opuso desde su discurso inicial a los proyectos federales que Echeverría buscaba cristalizar en la zona, por lo que desde la presidencia se dio la orden de destituir a Sánchez Vite como líder sindical y se inició el proceso de desaparición de poderes en el Estado de Hidalgo, manejándose como causal de procedencia la falta de apoyo a la policía agraria federalista, de donde supuestamente saldrían únicamente beneficiados Sánchez Vite y Miranda, acusándoles de ejercer cacicazgo:

El C. diputado Julio Camelo Martínez, por razones expuestas en su intervención, considera se ha roto el orden constitucional en el Estado de Hidalgo y propone que la Comisión Permanente reconozca tal situación y la instrumente constitucionalmente. Se admite la proposición y se turna a las comisiones correspondientes⁷.

Finalmente, el 28 de abril de aquel año, se emitió la declaratoria de desaparición de poderes en el estado de Hidalgo, tras una aparente consulta que se realizó con ciudadanos espontáneos, quienes denunciaron la situación de ingobernabilidad, cacicazgo y abuso del que era objeto la sociedad hidalguense, utilizando como fundamento para la desaparición de los tres poderes un manifiesto publicado en prensa y firmado por los titulares de los poderes locales para argumentar su complicidad. Siendo entonces lo procedente, la designación de un nuevo gobernador para el Estado de Hidalgo:

Se reanuda la sesión. Oficio de la Secretaría de Gobernación por el que se comunica la terna legal, misma que integran los CC. Raúl

⁷ Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Diario de los debates de la comisión permanente del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, XLIX Legislatura (Año II, Tomo II, Núm. 19, México, 1975).

Lozano Ramírez, Estela Rojas de Soto y Alberto Zoobisch Sánchez. De enterado. Elección de Gobernador Provisional. Escrutinio. Resultado: El C. Licenciado Raúl Lozano Ramírez resulta electo. Declaratoria. Protesta de ley del C. licenciado Lozano Ramírez como Gobernador Provisional del Estado de Hidalgo.

Relativo a lo actuado por la Comisión Permanente en este caso. Se designa comisión que acompañe al C. Gobernador Provisional a la Capital del Estado de Hidalgo el día de hoy, quien se retira del recinto parlamentario acompañado de la propia comisión. Se levanta la sesión”

A pesar de que las acusaciones manejadas como argumentos del procedimiento resultaron en algunos momentos constitutivas de delitos importantes, ni el gobernador Miranda, ni su antecesor Sánchez Vite, fueron sujetos a ningún proceso de carácter penal, civil o político, haciéndose evidente que el verdadero trasfondo de la controversia se basó en la necesidad de desarticular cualquier oposición frente al poder presidencial de la época.

3. IRREGULARIDADES DE LOS PROCESOS ANALIZADOS

En relación con los casos anteriormente analizados y en especial respecto del señalado caso del Estado de Guanajuato, la mencionada Cámara de Senadores, irónicamente designó como Gobernador provisional de aquella entidad federativa al diputado Enrique Fernández Martínez, quien duraría en el encargo más de un año y medio, no obstante, según la regla constitucional debe convocar a elecciones de manera inmediata. Lo anterior denota además de la falta de cumplimiento al mandato constitucional, un total desequilibrio político en la época, es decir atendiendo más intereses de grupos de poder. No obstante, Fernández Martínez, durante su interinato como gobernador recibió diversas quejas por sectores de dicho estado, principalmente de los

ejidatarios y agricultores por el trato déspota que recibieron por parte del jefe político interino.

En lo que respecta al estado de San Luis Potosí, se tuvo a bien designar a un militar para gobernar provisionalmente la entidad potosina siendo al C. General Genovevo Rivas Guillén, quien desahogó con mayor estabilidad el resto de su periodo.

Por lo que respecta a los estados de Guerrero e Hidalgo las razones expuestas bastante endebles puesto que se fundaron en opiniones subjetivas más que en procesos legales y debidamente diligenciados, lo que también ocurrió en los Estados de Guanajuato y San Luis Potosí.

Ahora bien, de las anteriores transcripciones de las resoluciones analizadas si bien en apariencia jurídica se encuentran motivadas por la ocurrencia de hechos que perturbaron gravemente el orden constitucional y democrático de las correspondientes Entidades federativas y por ende el pacto federal, lo cierto es que únicamente enuncian una serie de acontecimientos presuntamente subjetivos sin un sustento probatorio, ni al menos de manera indiciaria que permitiera arribar a la determinación.

Esto es, si bien pareciera que los motivos expuestos dentro de las determinaciones emitidas por al Cámara de Senadores siguen una lógica de motivación de la resolución del procedimiento de desaparición de poderes, no existía en aquel entonces una ley reglamentaria específica de la facultad que otorga el precepto constitucional al Senado, lo cierto es que en ninguno de los casos quedó plenamente evidenciado que los hechos ahí referidos hayan afectado el pacto constitucional, o bien se haya trasgredido de manera alguna el orden constitucional o democrático que sustenta nuestra forma de gobierno.

Todo ello sin dejar de lado que en todos los procesos analizados se hace referencia a un supuesto estado de inconstitucionalidad del contexto político de dichas entidades federativas, no se es claro en ningún caso, si dicha actitud es de un gobierno, un partido político o una sola persona, aunque en todos los casos

analizados se encauzaron a demostrar la incapacidad del Gobernador en funciones.

En ese sentido, si bien se le pudiera llegar a considerar como un “Jefe de Gobierno o Político”, también cierto se soslayó la división de poderes y se arribó a una determinación sin considerar el peso específico de cada poder en la situación de inconstitucionalidad argumentada, resultando siempre el análisis en que se ha transgredió el pacto federal y por ende el orden democrático y constitucional. En la mayor parte de las ocasiones fue resultado de valoraciones demasiado forzadas, ya que el gobernador constitucionalmente no tiene el control sobre todos los poderes de una Entidad federativa —sobre el poder judicial o legislativo e inclusive sobre organismos autónomos—.

Por todo lo anterior, resulta bastante evidente que el ejercicio de dicha facultad representaba un instrumento para remover a los gobiernos estatales que no compaginaban con el gobierno federal y que la única manera de justificarlo era argumentar (incluso superficialmente), motivos incidentales para la remoción de los poderes en los Estados.

En algunos casos se hizo referencia de acciones rebuscadas y de efectos contradictorios —como en el ejemplo de Guanajuato—, ya que si bien se señaló que el poder legislativo local había sido atacado y a sus integrantes presuntamente de forma “sangrienta y violenta”, también se alude que las elecciones municipales, se habían visto afectadas anteponiéndose intereses particulares por encima del interés general, con afectación a la clase trabajadora, lo que trajo como consecuencia que los poderes locales convirtieran en un solo bando político borrándose la noción de división de poderes. Todo ello, sin referir circunstancias de tiempo, modo y lugar, ni pormenorizar en qué manera y de qué medida fue atacado el poder legislativo local o quiénes y cuantos de sus miembros fueron atacados y si ello verdaderamente impidió materialmente continuar con su labor legislativa, de igual manera, y en cuanto a las elecciones municipales tampoco precisa a cuantos y que Ayuntamientos fueron atacados.

En cuanto a los demás poderes únicamente enuncia que actúan como un bando cual, si no existiera división de poderes dando a entender que actúa a las órdenes de un solo personaje o partido político, pero de igual manera sin precisar de qué forma o manera actuaron los otros poderes restantes en esta Entidad Federativa a favor o de un partido, individuo o intereses; o cual fue la manera en que contribuyeron al continuismo que ahí se refiere.

Tampoco se advierte de lo analizado que el poder judicial haya sido omiso en mantener el orden constitucional y democrático en aquella entidad federativa por tanto, no pudiera decirse que al menos un poder intento mantener dicho orden o que realmente estuviese quebrantado de tal manera que fuese irremediable y por ende la única vía fuese la desaparición de poderes.

En el caso de la desaparición de poderes en el Estado de Guerrero, es de resaltarse que las acusaciones penales contra el gobernador que le dieron origen y de las que posteriormente fue exonerado, se trataron al margen del cauce constitucional, ya que jamás se consideró que el gobernador contaba con fuero político de acuerdo con la Constitución Federal y la Constitución local:

(el gobernador), estaba investido de fuero y no se le podía sujetar a proceso sin la previa declaratoria de procedencia, lo que, en el caso, no ocurrió. Además, la averiguación previa, de la que se derivó la orden de aprehensión, se perfeccionó en la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, que no era competente para conocer de un delito de orden común perpetrado en el estado de Guerrero. Sin duda, la violación más grave a la Constitución Federal de la República la cometió la Comisión Permanente del Congreso al no ajustarse a lo dispuesto por la fracción V del artículo 76, que dispone que es facultad del Senado o de la Comisión Permanente, en los recesos, “declarar cuando hayan desaparecido todos los poderes de un estado y que es llegado el caso de nombrar un gobernador provisional”, a propuesta en terna del Ejecutivo.

Esto es, que primero deben desaparecer todos los poderes de un Estado a efecto de que pueda proceder la declaratoria respectiva. En el caso que se comenta, los tres poderes del estado de Guerrero funcionaban normalmente y los comisionados expresaron opiniones sin sustento y sin que hubieran realizado una investigación al respecto, salvo el caso del diputado Hernández Haddad, quien confirmó la expedición de una orden de aprehensión en contra del gobernador. Faltó, sin embargo, informar que el fuero del gobernante estaba vigente.

El senador Fuentes Díaz hizo extensiva la presunta responsabilidad del gobernador a funcionarios de los otros dos poderes, sin que sus afirmaciones fueran apoyadas por datos comprobados. Su argumento principal fue que el gobernador Nogueta, al ser considerado presunto responsable del delito de fraude había perdido autoridad moral y que los miembros de los otros dos poderes habían declinado el ejercicio de sus atribuciones. Así pues, partiendo de la publicación de un boletín y de una orden de aprehensión viciada de origen, se puso en marcha el procedimiento para la desaparición de poderes, sin ajustarse al texto constitucional que lo regula. No es de extrañar lo anterior, pues era el recurso de los presidentes de la República para privar de sus cargos a gobernadores que no gozaban de sus simpatías.⁸

Lo antes expuesto, demuestra que a falta de una exhaustiva investigación dentro de la cual se debieron recabar de forma puntual más elementos de convicción que esclarecieran las circunstancias de tiempo, modo y lugar con el objeto de tener sustento a una determinación de tal calado (pues no es como si se tratase de aquellas determinaciones en las cuales solo un individuo se viera afectado al no favorecerle la resolución, sino toda una comunidad política), dicha determinación que afecta a todo un pueblo en su libertad y sus correspondientes derechos políticos, en uso de los cuales eligieron a sus poderes representantes.

⁸ Véase, nota 7.

4. APARICIÓN DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Ley Reglamentaria de la fracción V del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación en 29 de diciembre de 1978, y que no obstante de existir dicha facultad desde promulgación de la Constitución de 1917 esta fue expedida hasta 61 años más tarde.

Fueron varios los intentos de aprobar una ley reglamentaria en la materia, ya que existía un proyecto de 1939 y posteriormente en 1970 otro proyecto se desechó por considerarlo políticamente sesgado: “no puede preverse la multitud de variedad de casos en que por razones políticas deba declararse la desaparición de poderes de un Estado” (Melgar, Mario, 2015:397).

Son varios los autores que consideran que el desahogo de los procesos de desaparición de poderes en todo ese lapso de tiempo en ausencia de la ley reglamentaria referida, devienen necesariamente en una aplicación indebida y directa del precepto constitucional sin pasar por la necesaria interpretación originaria del legislador, y como consecuencia de ello se prescindió en todas esas ocasiones del asentamiento en sede legislativa de sus principios. Ejemplo de lo anterior es la labor argumentativa que desplegó el senado para integrar los elementos para declarar la división de poderes, en lugar de fungir como un órgano declarativo allegado de evidencia procesada por los órganos correspondientes sobre el actúa inconstitucional de los poderes, es decir una articulación ex-post, correspondiendo dicha investigación a las instancias correspondientes.

A pesar de lo anterior, se considera en principio que, si bien cada Entidad federativa y orden de gobierno tienen libertad y soberanía en cuanto a su régimen, la propia Constitución esta-

blece estados de excepción en diversos supuestos, como el 29 constitucional. Esto es, atendiendo a la división de poderes se puede colegir que ningún poder es absoluto, ningún orden o Entidad federativa tiene poderes ilimitados para obrar en el régimen estatal a su antojo ya que el mismo sería entonces totalitario y caer en arbitrariedades en perjuicio de sus habitantes, por ende debe existir otro poder límite a otros, sin que ello implique que el senado sea superior ya que para ello existen acciones de naturaleza constitucional, esto es, la controversia constitucional para revisar inclusive tal facultad que tocaría revisar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, otro poder.

De acuerdo con lo referido, era necesaria la existencia de una ley reglamentaria para evitar actos meramente políticos disfrazados de supuestos desconciertos en los estados, de carácter supuestamente constitucional o afectaciones al orden democrático, no obstante, debe decirse que dicha ley hasta la fecha se encuentra inaplicada, ya que después de iniciada su vigencia no se ha determinado la desaparición de poderes en entidad federativa alguna, por lo que los problemas de aplicación e interpretación que genere aún se desconocen.

5. MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Dentro del sistema jurídico mexicano no existe como tal una “regla” que señale cuáles acciones o medios deban ser considerados como medios de control constitucional. Sin embargo, la doctrina mexicana reconoce actualmente como tal a los siguientes: el Juicio de amparo; la controversia constitucional; la acción de inconstitucionalidad; las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; los medios de control constitucional en materia electoral y el Juicio político. En algunas ocasiones se llegó a considerar la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a violaciones graves a los derechos humanos, como un medio de control constitucio-

nal, sin embargo, derivado de una reforma constitucional se le privó de dicha atribución. Ahora bien, no es objeto de la presente investigación ahondar en el análisis de cada uno de los medios de control constitucional, si no hacer referencia a la esencia de todos ellos y su finalidad protectora del orden constitucional.⁹

En primer lugar, se podría decir que tales son mecanismos jurídicos de índole o rango constitucional, por estar plasmados directamente en la Constitución, con el objeto de preservar la normalidad o regularidad de la Carta Magna. Es decir, medios de defensa de la misma, recordando que la misma reconoce tanto los derechos humanos como su forma de gobierno.

En segundo término, debe señalarse que los medios de control constitucional salvaguardan la congruencia de las normas y los actos de los poderes con la Ley Fundamental tomando como base el estado democrático que buscan mantener.

En un tercer punto, dichos medios de control de la constitucionalidad implícitamente llevan una referencia que representa un sistema de pesos y contrapesos, esto es una garantía de democracia inherente a un estado constitucional moderno, toda vez que se erige en el mecanismo de control del poder público para mantener equilibrio tanto en las instituciones como en los destinatarios de la mismas, siendo estos sus habitantes de quienes emana la soberanía.

⁹ Garita Alonso, Arturo y otros, *Medios de control constitucional* (Senado de la República, México): 63.

CONCLUSIONES

Del presente trabajo se puede concluir que la facultad que ostenta el Senado de la República debe considerarse como un medio de control constitucional adicional a los ya existentes, dados los supuestos que contempla el artículo segundo de la Ley Reglamentaria de la fracción V del artículo 76 de la Constitución General de la República, que a la letra señala lo siguiente:

ARTICULO 2o.- Se configura la desaparición de los poderes de un Estado únicamente en los casos de que los titulares de los poderes constitucionales:

I.- Quebrantaren los principios del régimen federal.

II.- Abandonaren el ejercicio de sus funciones, a no ser que medie causa de fuerza mayor.

III.- Estuvieren imposibilitados físicamente para el ejercicio de las funciones inherentes a sus cargos o con motivo de situaciones o conflictos causados o propiciados por ellos mismos, que afecten la vida del Estado, impidiendo la plena vigencia del orden jurídico.

IV.- Prorrogaren su permanencia en sus cargos después de fenecido el periodo para el que fueron electos o nombrados y no se hubieran celebrado elecciones para elegir a los nuevos titulares.

V.- Promovieren o adoptaren forma de gobierno o base de organización política distintas de las fijadas en los artículos 40 y 115 de la Constitución General de la República.

Esto es, dichas hipótesis normativas hablan de una de las características de nuestra forma de gobierno como lo es la democracia, el régimen federal, la división de poderes y los diversos órdenes de gobierno, que constituyen ejes angulares de la propia Constitución, como lo es un régimen federal o pacto federal, o adoptar otra forma de gobierno de los fijados en los artículos 40 y 115 constitucionales que establece la forma de gobierno y refieren lo siguiente:

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régi-

men interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, [...].

Luego entonces, si los preceptos constitucionales mencionados establecen la estructura de nuestro sistema político-constitucional y al pretender quebrantarse el mismo (o de hecho hacerlo), por una Entidad federativa mediante sus representantes, no quedaría entonces más que defender la propia Constitución mediante la facultad mencionada. Dado que estos procesos tienen como función de defender la forma de gobierno y todo lo inherente a la misma, como la división de poderes y respeto a los derechos humanos, dicha facultad debe ser considerada más que como un instrumento político, un auténtico medio de control constitucional. No solo porque se encuentra contemplado en la norma fundamental, sino además de tener una ley reglamentaria ya se expuso cuál es su finalidad.

Ahora bien, por un lado, se tiene que efectivamente la ley reglamentaria que tiene por objeto de estudio el presente trabajo, pudiera interpretarse de diversas maneras en cuanto al término “determinar” o “declarar”, no debe dejarse de lado que el hecho que los poderes de nuestro sistema constitucional tienen un límite impuesto siempre por otro poder, sin importar si ese límite llega de manera horizontal o bien en apariencia verticalmente como lo sugiere el maestro Jorge Carpizo, es decir, el hecho de que el Senado tenga la facultad de desaparecer los poderes en una entidad federativa no implica superioridad sobre los poderes de aquella o de su soberanía, si no que dicha facultad estribaría en la protección a la Constitución misma y no en base a una jerarquización de un orden de gobierno sobre otro, además de que dicho senado también estaría limitado y sus determinaciones no serían absolutas en términos del artículo 105 de la citada ley fundamental.

Dicha limitación se establece por ejemplo en las controversias constitucionales, dicho de otro modo, queda demostrado que por tanto no existe poder absoluto ya que uno controla a otro o uno limita a otro, luego entonces por tanto se considerara que la existencia de la ley reglamentaria en comento vino a ser un parteaguas entre un antes y un después donde antes de la existencia de la ley efectivamente se podría advertir algo de motivos meramente políticos pero como se ha dicho el propio poder legislativo a través de la creación de la norma vino a limitar al ejecutivo federal de dichas arbitrariedades.

Por ello, debe considerarse la existencia de esta ley como una garantía de la estabilidad del mismo orden constitucional, reflejando el característico sistema de pesos y contrapesos de la división de poderes. De ahí que, se concluye también, que, si bien la ley hasta el momento no se ha aplicado y no contiene reforma alguna, si implica de suyo un límite para abusos del poder político que se traduce en un mecanismo para mantener la naturaleza de la Constitución misma, nuestra forma de gobierno, su división de poderes y por ende, el respeto a los derechos humanos.

A pesar de que su aplicación es decreciente, no debe considerarse que se trata de un aspecto superado, la facultad senatorial para desaparecer los poderes en las entidades federativas mexicanas debe entenderse como un proceso que debe vigilarse, para moderar cualquier exceso en el ejercicio del poder político.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Elsa y Serrano, Pablo, *Posrevolución y estabilidad (1917-1967)*. “Cronología”. (SEP-Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. 2012).
- Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. (Diario Oficial de la Federación. Leyes Federales de México. México. 1917). Consultado de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Cámara de Diputados, *Crónica Parlamentaria*. “Diario de debates de la Cámara de Diputados”. (25 de mayo de 1938, México). Consultado de <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/37/1er/CPerma/19380525.html>
- Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario de los debates de la comisión permanente del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos XLIX Legislatura*. (Año II. Tomo II. Núm. 19. México, 1975).
- Del Castillo del Valle, Alberto, *La defensa jurídica de la constitución en México* (3ª Ed., CUMORAH, A. C., México. 2004).
- Del Rosario Rodríguez, Marcos Francisco, *Supremacía constitucional* en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. (México. Coed. Consejo de la Judicatura Federal. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2014.)
- Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional, una visión de derecho comparado*. (Dykinson): 246.
- Fix-Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*. (México. Porrúa-UNAM. 1999): 803-804.
- Gamboa, Claudia y Cordero, Arturo, *Desaparición de poderes, estudio teórico doctrinal, de antecedentes constitucionales e históricos, y de iniciativas presentadas*. (Cámara de

- Diputados. México. noviembre. 2006). Consultado de <https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-19-06.pdf>.
- Garita Alonso, Arturo y otros, *Medios de control constitucional*. (Senado de la República, México): 63.
- González Oropeza, Manuel, *El Senado mexicano por la razón de las leyes*. (Tomo III, Senado de la República LIII Legislatura).
- Guerrero Cultural, Siglo XXI, A.C. Biografía “Noguera Otero, Israel”, *Enciclopedia guerrerense*. (marzo de 2020. México). Consultado de <https://enciclopediagro.mx/biografias/noguera-otero-israel/>
- Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control político*. (2da. Ed. México. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos. 2001).
- Melgar Adalid, Mario, *La desaparición de poderes estatales en el sistema constitucional mexicano*. (Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 2015.) Consultado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4038/21.pdf>
- Tena Ramírez, Felipe, *Leyes y Códigos de México*. “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. (Colección Porrúa. México. s/f).
- Sáez Pueyo, Carmen, *Justo Sierra, Antecedentes del partido único en México*. (UNAM, 2001).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La defensa de la constitución*. “Serie grandes temas del constitucionalismo mexicano” (Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2005).

TRANSFORMACIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN MÉXICO: ELEMENTOS TEÓRICOS Y JURISPRUDENCIALES PARA SU ANÁLISIS

SONIA ELIZABETH RAMOS-MEDINA*
MANUEL ANTONIO DURÁN-LUZURIAGA**

Sumario: I. Introducción. II. Planteamiento teórico para el análisis del matrimonio entre parejas del mismo sexo. III. El rol de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a matrimonio entre parejas del mismo sexo en México. IV. Conclusiones

RESUMEN

Catapultadas por la revolución sexual de finales de los sesenta, las demandas de las diversidades sexuales empezaron a ser visibilizadas con el fin de siglo y vinculadas a las agendas feministas de los noventa. Tanto la identidad, el reconocimiento y el

* Docente, investigadora universitaria en el campo del Derecho Financiero y Tributario. Doctora en Estudios Fiscales por la Universidad Autónoma de Sinaloa y Estudiante del Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca (España). Ha realizado estancias de investigación en Alemania, Turquía y España. Editora de *JUS Revista Jurídica*. Es colaboradora del Cuerpo Académico CA-187 de “Derecho Constitucional”, integrante de Núcleo Académico Básico (NAB) de la Maestría en Ciencias del Derecho. Miembro del SNI-Nivel Candidato.

** Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Salamanca. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran: Durán-Luzuriaga, M., Ramos-Medina, S., “Trayectoria y transformación de las opiniones legislativas sobre aborto en México”. *Revista cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, N°. 18, 2023, pp. 932-955. <https://doi.org/10.18002/cg.i18.7387>; Durán-Luzuriaga, M., “Reflexiones sobre la relación jurídico-política en torno a los derechos sexuales y reproductivos”. En *JUS Revista Jurídica*, vol. 1, n° 11, pp. 6-22, 2023. <http://doi.org/10.5281/zenodo.7879438>.

matrimonio han estado entre las demandas que han generado mayor atención; sin embargo, ha sido desde el reconocimiento de derechos sociales y económicos donde la gran mayoría de actores sociales han vinculado el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo. La hipótesis de este trabajo es que las instituciones representativas abandonan las demandas en torno a derechos sexuales y reproductivos ante lo cual son las Cortes de Justicia quienes toman decisiones. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia (México), ha entendido que el acceso al matrimonio está vinculado al libre desarrollo de la personalidad. Para desarrollar este argumento se ha seguido una agenda donde paulatinamente se han establecido los criterios no sólo para determinar que es inconstitucional no reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo, sino que también les corresponden todos los derechos derivados del vínculo y aquellos que atañen a su individualidad.

PALABRAS CLAVE: sexualidad, homosexualidad, matrimonio, diversidad.

ABSTRACT

Raised by the sexual revolution of the late sixties, the demands of sexual diversities began to be made visible at the end of the century and linked to the feminist agendas of the nineties. Identity, recognition and marriage have been among the demands that have generated the most attention. However, it has been since the recognition of social and economic rights that the vast majority of social actors have linked the right to marriage between same-sex couples. The hypothesis of this work is that representative institutions abandon demands regarding sexual and reproductive rights before which it is the Courts of Justice who make decisions. In this sense, the Supreme Court of Justice (Mexico) has understood that access to marriage is linked to the free development of personality. To develop this argument, an

agenda has been followed where criteria have gradually been established not only to determine that it is unconstitutional not to recognize marriages between people of the same sex, but also that they are entitled to all the rights derived from the bond and those that concern their individuality.

KEY WORDS: sexuality, homosexuality, marriage, diversity.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que en pleno inicio del siglo XX saltara a la opinión pública un secreto a voces que se retrata en el filme *El baile de los 41* (David Pablos, 2020), la homosexualidad ha sido objeto de una condena social explícita e implícita hacia este grupo que hoy se enmarca en lo que se llaman diversidades sexuales.

Con una agenda social y política visibilizada recién a finales del siglo XX, las demandas en torno al matrimonio entre parejas del mismo sexo ven la luz ya en pleno siglo XXI. Al respecto cabe decir que no solo la sociedad y su modelo tradicional de condena a la diferencia han sido responsables de este retraso, sino también las instituciones impulsadas por un Estado que en todos los órdenes situó a las diversidades como “ciudadanos de segunda”.

En gran medida, el aparato jurídico significó una barrera para limitar el acceso pleno de derechos de unos titulares que independientemente de su orientación sexual, tienen las mismas garantías que cualquier persona, en este caso ciudadano/a que viva en un estado de derecho. La profundización de la democracia ha significado un avance importante en cuanto a las exigencias que el Estado tiene que cumplir en el ámbito de los derechos.

En esa línea de ideas, las agendas feministas de los años noventa generaron una estructura de oportunidades favorable para otros grupos. En el centro de estas agendas comunes está el

rol de la sexualidad, una categoría nodal para una serie de derechos cuya finalidad es la plena realización de la persona en un contexto de autonomía individual e integración colectiva.

El matrimonio no necesariamente refleja un elemento central en las agendas de las diversidades sexuales, debido a que temas como la identidad o el reconocimiento han sido prioritarios en determinados contextos; sin embargo, es indudable que los logros más destacables han venido por esa vía.

De ahí que buena parte de los elementos a favor del matrimonio entre parejas del mismo sexo estén fuertemente vinculados con derechos sociales y económicos, aunque en el caso que se analiza a continuación, el elemento primario ha sido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de los que se han desprendido otros como la identidad y no discriminación, formar una familia, acceso a prestaciones sociales, etc.

En efecto, en México el rol de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido un elemento de vanguardia en lo que cabría llamar jurisprudencia transformadora. Partiendo de una interpretación constitucional progresista y unos valores centrados en garantizar libertades individuales la Corte ha permitido lograr avances fundamentales en el plano de los derechos.

Este trabajo ha de leerse bajo la hipótesis de que ante el abandono de demandas vinculadas a derechos de las diversidades sexuales por parte de las instituciones formales de representación son las Cortes quienes tienen que tomar decisiones. El objetivo es presentar elementos relevantes para la comprensión y discusión en torno a los avances que en materia jurídica ha experimentado el matrimonio entre parejas del mismo sexo. La metodología es de carácter documental/análisis bibliográfico: se revisan las propuestas teóricas, así como la jurisprudencia mexicana en torno al tema.

Con estas premisas, el texto que proponemos discurre en dos secciones. La primera ofrece elementos teóricos generales para comprender cómo se ha configurado el planteamiento de legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo vinculado a

la agenda de derechos humanos. La segunda sección se enfoca en la jurisprudencia desarrollada en México, sobre todo desde la primera década del nuevo siglo y que de manera progresiva ha establecido una barrera que deconstruye siglos de exclusión para las diversidades sexuales.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO PARA EL ANÁLISIS DEL MATRIMONIO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO

En principio, las demandas de las diversidades sexuales están fuertemente vinculadas con el feminismo, puesto que cuestionan el orden heteronormativo y sitúan en el foco de la discusión dos premisas fundamentales para entender sus demandas. La primera se refiere a la sexualidad como elemento que ha de ser controlado para un ejercicio eficiente del poder.¹ La segunda, desmonopolizar el simbolismo que había hecho del matrimonio un feudo del orden heteropatriarcal.²

Un breve comentario al respecto. Sin entrar en un análisis a fondo, la premisa uno, permite plantear una visión de la sexualidad, relacionada con el poder como un flujo constante que se materializa en las diversas instituciones (entre ellas el Estado³) y que, dentro de un marco de derechos, se constituye como un elemento de realización personal, bajo el principio de autonomía y como un componente de otras nociones de realización de la persona.

Por su parte, la premisa dos permite acercarnos a la desmitificación del rito matrimonial como elemento que tradicional-

¹ Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. 1- La voluntad de saber*, México, Siglo XXI, 2007.

² Keck, Margaret; Sikkink, Kathryn, *Activist Beyond Borders: advocacy networks in international politics*. Nueva York, Cornell University Press, 1998, p. 24.

³ Un análisis completo puede encontrarse en Sequeira, Paula (2015).

mente había apuntalado un orden social cuyo objetivo estaba centrado en garantizar la protección de la propiedad⁴ y la subordinación de la mujer al ámbito doméstico, que separa lo privado de lo público en un contexto de autoridad (del esposo dentro de la familia y del Estado en la sociedad).⁵

Es evidente que los procesos sociales transforman aquellas instituciones que no pueden responder de la misma manera que lo hacían hace algunas décadas o siglos. Estas dos premisas se toman como punto de partida puesto que la intervención del Estado y particularmente de su orden jurídico, legitiman no solo el orden social sino también una serie de prácticas que inciden directamente en lo que las personas pueden realizar o no.

El Estado no acapara todas las posibilidades de incidencia; sin embargo, refuerza aquellos planteamientos sobre la sexualidad que a lo largo de la historia han generado disputas por el poder a nivel público y privado y sobre las que actualmente se abren debates y demandas de regulación. Además, la sexualidad atraviesa múltiples dimensiones de la vida humana y por tanto el análisis del orden jurídico es solo una vía de enfoque.

Así, preguntarse por la evolución en cuanto a los derechos de las diversidades sexuales nos sitúa en un fenómeno que, si bien no acapara toda su agenda, ha sido uno de sus principales referentes de lucha. Nos referimos al reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo como una vía de entrada para comprender y abonar a la discusión de esta demanda en el marco de los derechos humanos.

Así, surge la pregunta de por qué no se ha permitido el acceso al matrimonio (en términos jurídicos) de personas con una orientación diferente a la heterosexual. Pese a toda la trayectoria

⁴ Glendon, Mary, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago (EE. UU.): The University of Chicago Press, 1989, p. 19.

⁵ Therborn, Göran, *Between Sex and Power. Family in the World 1900-2000*. Londres, Routledge, 2004, p. 2.

y los logros en derechos humanos, este es un claro ejemplo de inequidad, desigualdad y discriminación que ha situado a millones de personas como “ciudadanos de segunda”.

Al respecto, cabe recordar que “las rígidas jerarquías sociales de clase, raza y género que tipificaron las relaciones sociales en América Latina, impidieron que la gran mayoría de ciudadanos de jure siquiera imaginen, y mucho menos reclamen públicamente le prerrogativa de tener derechos”,⁶ mucho más cuando los modelos nacionales han privilegiado una visión heteronormativa y de la mujer como elemento fundacional centrado hacia lo reproductivo.

Desde esta perspectiva, habría un elemento común que ha afectado a diferentes grupos sociales, lo cual refuerza la idea de unas demandas comunes para transformar un modelo social (en sus dimensiones políticas, jurídicas, económicas) en el que se puedan garantizar los derechos y eliminar todos aquellos elementos que condicionan la garantía y acceso plenos por parte de todas las personas.

La ley de la igualdad entre los sexos se mantiene lo más lejos posible de los asuntos de la sexualidad. La violación, la pornografía, la prostitución, el incesto, la violencia, el aborto, los derechos de los homosexuales y las lesbianas: ninguno de estos temas ha sido una cuestión de igualdad de los sexos ante la ley.⁷

No solo desde la perspectiva de la ley sino en el plano de la participación, la mayoría de los grupos vulnerables ha estado ausente de la toma de decisiones que afectan directamente su vida. Se había normalizado lo humano como lo masculino y con ello una inequidad fundante de las relaciones sociales.⁸

⁶ Álvarez, Sonia, Dagnino, Evelina y Escobar, Arturo (Eds.), *Cultures of politics, politics of cultures. Re-visioning Latin American social movements*. Boulder (EE. UU.), Westview Press, 1998, p. 12.

⁷ MacKinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1995, p. 300.

⁸ Martínez de Aragón, Lara, “El tratamiento jurídico internacional de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva iusfeminista”.

Una de las vías teóricas para el análisis de la inequidad en términos de acceso a derechos, consiste en comprender que hay diseños políticos donde no son los criterios biológicos o psicológicos, sino la división social de los recursos con base en el género lo que explica la inequidad (en tanto constructo social).⁹

Como consecuencia de esta línea teórica uno de los argumentos/posicionamientos sería la crítica a las concepciones naturalistas que fundamentan la división binaria hombre-mujer como un dogma con base biológica antes que un proceso de transformación social.¹⁰ De ahí que en general se haya considerado como natural y legítimo este tipo de división, asignando ciertas prerrogativas a un determinado grupo sin considerar la influencia que tiene la transformación de las prácticas sociales sobre el orden jurídico.

En los individuos de las diversidades sexuales, esta situación de inequidad se ha interiorizado y materializado en la imagen del clóset como “el lugar simbólico, que posibilita el que las personas se resguarden de ataques discriminatorios (*homo* o lesbofóbica, etc.) y que a su vez no permite mostrar quien realmente se es (oculta el yo)”.¹¹ De esta manera, se había construido una especie de refugio para evitar los embates de una sociedad que considera como válida una única identidad sexual y con ello legitima la inequidad.

Si bien al igual que en otras partes del mundo, en América

Atlánticas, *Revista Internacional de Estudios Feministas*, Vol. 8, Núm. 2, 2023, p. 83.

⁹ Richardson, Jeremy, “Introduction: The Concept of Policy Style”. En Richardson, Jeremy (Ed.), *British Policy-making and the need for a post-Brexit policy style*. Londres, Palgrave, 2018, pp. 1-14.

¹⁰ Bosia, Michael; McEvoy, Sandra; Rahman, Momin (Edits.), *The Oxford handbook of global LGBT and sexual diversity politics*, Nueva York, Oxford University Press, 2020, p. 17.

¹¹ Sequeira, Paula, “Haciendo las preguntas correctas. Foucault, poder y sexualidad”. *EMPIRIA, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, núm. 31, mayo-agosto, 2015, p. 138.

Latina, los movimientos que demandan derechos a las diversidades sexuales tienen trayectorias históricas de muy larga data, su accionar en el espacio público para promover reformas ha tenido manifestaciones visibles en épocas recientes. Esto quizá por lo mencionado anteriormente, es decir ciudadanos que a nivel interno y externo ven frustradas sus demandas de derechos.

Además, estas demandas suponen un desafío para las instituciones que han legitimado el orden social existente:

Específicamente, sostenemos que la formación de lesbianas y gays —como individuos, luego individualmente y también como colectivos— como minorías políticamente relevantes amenaza varias dimensiones de los imaginarios de las instituciones y los teóricos democráticos liberales, incluyendo la relación entre el Estado y la Iglesia, la gama de cuestiones que constituyen la política y el papel de la razón en una democracia.¹²

No sólo el Estado o la iglesia, sino también instituciones como la familia, o en definitiva el orden heteropatriarcal se ven cuestionados por este tipo de demandas, lo cual genera conflictos y planteamientos antagónicos, pero que han encontrado salidas de consenso y regulaciones acordes con el sistema internacional de derechos humanos.

Otra pregunta que surge es por qué ahora y no antes, o de otra manera, qué factores han favorecido para que las demandas de las diversidades sexuales, concretamente aquellas sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo hayan adquirido visibilidad pública y hayan impulsado reformas.

Hay una doble perspectiva: por un lado, la construcción de redes transnacionales a nivel de activismo, alianzas y aprendiza-

¹² Khanani, Ahmed; Robinson, Jean, Democracy, “Discursive frames, and same-sex unions: a cross-national analysis”. En Pierceson, Jason y Piatti-Crocker, Adriana, *Schulenberg, Shawn Same-Sex Marriage in the Americas. Policy innovation for same-sex relationships*, Lanham (EE. UU.), Lexington Books, 2010, p. 16.

jes; y, por otro, la articulación de estas demandas a la agenda de los derechos humanos.

En el caso de las redes transnacionales, se puede ver un importante proceso evolutivo. Así por ejemplo en Europa, estas demandas que estaban presentes desde los años setenta, devinieron en reformas en algunos casos iniciadas en la década de los noventa, pero que reciben un impulso importante a partir de la legalización en Países Bajos (2001). De manera semejante en Canadá y Estados Unidos, sobre todo desde el ámbito local, las reformas empiezan a materializarse a partir del primer lustro del nuevo siglo.¹³

Un elemento crucial para los procesos de legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo, sobre todo en Europa, ha sido la secularización de valores y la articulación de un orden cultural con perspectiva global;¹⁴ el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido un requisito para el ingreso a la Unión Europea y en algunos casos motivo de sanciones para aquellos que lo incumplen.

En el caso de América Latina, las reformas han empezado con la despenalización de la homosexualidad, apoyada en un enfoque sociológico y no clínico (se catalogaba la homosexualidad como una enfermedad). Pero ha sido en la primera década del nuevo siglo, cuando países como Argentina (2010) y entidades federativas como Ciudad de México (2010) iniciaron una oleada paulatina de legalizaciones.

Muchos procesos de legalización son el resultado de “décadas de luchas para ampliar los derechos de ciudadanía libradas

¹³ Kollman, Kelly, “Same-sex partnership and marriage: the success and costs of transnational activism”. En Paternotte, David; Tremblay, Manon (Eds.), *The Ashgate research companion to lesbian and gay activism*. New York: Routledge, 2015, pp. 307-322.

¹⁴ Fernández, Juan y Lutter, Mark, “Supranational cultural norms, domestic value orientations and the diffusion of same-sex union rights in Europe, 1988-2009”. *International Sociology*, vol. 28, núm. 1, 2013, pp. 102-120.

por numerosos activistas y aliados¹⁵. Lo que da pie a plantear una visión mucho más integral de este fenómeno, que no podría ser comprendido solo desde la perspectiva política, sino también desde la perspectiva social, económica y jurídica.

En el caso de la vinculación de este tipo de demandas con la agenda de derechos humanos, podemos identificar un fenómeno: la judicialización de la política, es decir que aquellas decisiones tradicionalmente tomadas por los legisladores ahora están en manos de las Cortes.¹⁶

Este fenómeno va de la mano con una tendencia que ha servido como elemento adicional para que las Cortes puedan fundamentar sus decisiones en cuanto a derechos sexuales y reproductivos: la estructuración del Sistema Internacional de Derechos Humanos y con ello al impulso que han recibido desde la Agenda de Naciones Unidas que ha manejado planteamientos sobre sexualidad y reproducción desde los años setenta, pero que recién en los años noventa con la agenda de derechos de las mujeres y ya en el nuevo siglo ha emitido declaraciones sobre derechos vinculados a diversidades sexuales.

Sin embargo, abordar la sexualidad como un paraguas en el que confluyen diversos derechos,¹⁷ ha permitido avanzar en importantes reformas favorables a los intereses de toda la sociedad y de las diversidades sexuales, sobre todo porque al vincular los derechos sexuales a los derechos humanos se les adscribe características como: universalidad, indivisibilidad, inalienabilidad.

¹⁵ Díez, Jordi, *The politics of gay marriage in Latin America. Argentina, Chile and Mexico*, Nueva York, Cambridge University Press, 2015, p. 6

¹⁶ Pierceson, Jason, "Variations in the judicialization of same-sex marriage politics in Latin America". En Pierceson, Jason; Piatti-Crocker, Adriana; Schulemberg, Shawn (Eds.), *Same sex marriage in Latin America. Promise and resistance*, Lanham (EE. UU.), Lexington Books, 2012, pp. 53-72.

¹⁷ WHO, "Defining Sexual Health", *Report of a technical consultation on sexual health*. 28-31, enero, 2002. Ginebra, World Health Organization, 2006, p. 5.

La realización de los derechos sexuales requiere igualdad de género en la sociedad. Desafía prejuicios raciales profundamente arraigados. Nos llama a confrontar las conceptualizaciones limitadas de la sexualidad conforme al género y del comportamiento sexual conforme a las “normas” sociales. Adoptar un enfoque de la sexualidad basado en los derechos es una parte importante de la lucha por lograr la igualdad, el fin de la violencia y la justicia para todos.¹⁸

La perspectiva del derecho ofrece la posibilidad no sólo de enmarcar diversas demandas en una agenda común, sino también de ofrecer herramientas que fortalezcan los vínculos entre derechos, para de esta manera apuntalar instituciones más sólidas en pro de su garantía.

En este sentido, el matrimonio había legitimado a nivel de estatus y de contrato,¹⁹ la “unión entre un hombre y una mujer de manera que los hijos nacidos de la mujer sean reconocidos como descendencia legítima de ambos padres”,²⁰ a fin de que se pudiera proteger la propiedad familiar legada de padre a hijo.

En efecto, “la variedad de afiliaciones matrimoniales es mucho más limitada porque el matrimonio es una institución, modelada culturalmente e integrada a otras instituciones sociales básicas, como la educación, la economía y la política”.²¹ De ahí que legitimar los matrimonios entre parejas del mismo sexo implica legitimar la secularidad que regula las relaciones (desde la perspectiva del contrato) apegadas al plano de la legalidad.

¹⁸ Sheill, Kate, “Sexual rights are human rights”. En Cornwall, Andrea; Corrêa, Sonia; Jolly, Susie (Eds.) *Development with a body. Sexuality, human rights & development*. Nueva York, Zen Books, 2008, pp. 45-46.

¹⁹ Ver Glendon, Mary, *The new family and the new property*, Toronto (CAN), Butterworths, 1981; Pateman, Carole, *El contrato sexual*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1995.

²⁰ Gough, Kathleen, “The Nayars and the definition of marriage”. *The Journal of the Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*, vol. 89, núm. 1, 1959, p. 23.

²¹ Nock, Steven, *Marriage in men's lives*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 11.

Esta transformación es importante porque apela directamente al plano normativo por sobre el plano moral, poniendo énfasis en que ambas partes de la pareja deben ser tratadas de forma equitativa: “es lo correcto, y no porque el matrimonio sea esencialmente bueno, sino porque grupos de personas en situaciones similares deben ser tratados por igual”.²²

En esta misma línea y en el ámbito de los derechos sexuales, la Corte Constitucional de Colombia presenta un argumento que contrasta el rol político de la mayoría, que usualmente suele esgrimirse como legitimador de las decisiones incluso en el ámbito de la sexualidad; al respecto señala lo siguiente:

porque el derecho fundamental a la libre opción sexual impide “imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria”, ya que el campo sobre el cual recaen las decisiones políticas del Estado no puede ser aquel “en el que los miembros de la comunidad no están obligados a coincidir como ocurre con la materia sexual, salvo que se quiera edificar la razón mayoritaria sobre el injustificado e ilegítimo recorte de la personalidad, libertad, autonomía e intimidad de algunos de sus miembros.”²³

Al vincular el matrimonio entre parejas del mismo sexo como parte de los derechos fundamentales, se ratifica el carácter secular de las decisiones, así como el grado de equidad y sobre todo el respeto a la libre elección de la sexualidad como componente medular del desarrollo de la personalidad.

Esto no ha estado exento de oposición, puesto que detrás de cada avance ha habido algún actor conservador para liderar acciones de retroceso: “abogados católicos, inspirados por las instrucciones del Vaticano, argumentaron vigorosamente en entornos constitucionales de todo el continente americano con-

²² Sáez, Macarena, “Transforming family law through same-sex marriage: lessons from (and to) the western world”. *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 25, 2014, p. 143.

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577/2011, p. 7.

tra la liberalización de las leyes sobre el aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo y la investigación con células embrionarias”.²⁴

Estas visiones dejan de lado no sólo las transformaciones demográficas sino también aquellos cambios culturales (globalización, secularización, modernización) y mantienen una visión monolítica del matrimonio que subordina la sexualidad a la reproducción y al statu quo. La realidad hace evidente una serie de cambios a los que este modelo no se adecúa.

Con una finalidad heurística se plantea la siguiente definición:

Definimos el matrimonio como una institución que gobierna la organización de la producción doméstica a través de dos adultos que se supone viven juntos permanentemente en la misma casa, comparten recursos, gestionan las tareas domésticas y el trabajo comercial, se reproducen y socializan a los niños. El matrimonio también rige las relaciones íntimas, que se supone son sexualmente exclusivas y, al menos al principio, permanentes.²⁵

Esta definición destaca el rol social del matrimonio en una serie de actividades donde la reproducción es solo una de las varias dimensiones; además, permite distinguir que la sexualidad se mantiene en el ámbito interno/autónomo.

Sin embargo, dentro del matrimonio también ha habido transiciones: 1) el paso del matrimonio institucional al matrimonio de pareja; 2) el matrimonio individualizado que enfatiza la elección personal y el autodesarrollo.²⁶ Estos cambios traducen las

²⁴ Lemaître, Julietta, “Catholic constitutionalism on sex: women and the beginning of life”. En Cook, Rebecca; Erdman, Joanna; Dickens, Bernard (Edits.), *Abortion law in transnational perspective. cases and controversies*, Filadelfia (EE. UU.), University of Pennsylvania Press, 2014, pp. 239-257.

²⁵ Lauer, Sean; Yodanis, Carrie, “The deinstitutionalization of marriage revisited: a new institutional approach to marriage”. *Journal of Family Theory & Review*, vol. 2, núm. 1, 2010, p. 60.

²⁶ Cherlin, Andrew, “The deinstitutionalization of american marriage”. *Journal of Marriage and Family*, vol. 66, núm. 4, 2004, pp. 848-861.

transformaciones sociales que han ido afectando la concepción tradicional de matrimonio y su función dentro de la sociedad.

Así, ya en el plano de las demandas de las diversidades sexuales, es común distinguir entre a) matrimonio igualitario²⁷ que desde una perspectiva social, política y jurídica describe la extensión en términos de equidad del régimen legal asociado a un matrimonio tradicional hacia matrimonios entre parejas del mismo sexo; b) matrimonio homosexual que consistiría en un régimen particular para parejas homosexuales; y, c) matrimonio entre personas del mismo sexo que se adecua mejor a las diversas identidades sexuales para no enviar un mensaje excluyente puesto que la homosexualidad es una entre otras orientaciones sexuales.²⁸

Los enfoques jurídico-políticos suelen estar apegados a la categoría de matrimonio igualitario, en la medida que el desarrollo jurisprudencial ha estado vinculado a la extensión de derechos (especialmente de carácter social y económico), sin criterios de discriminación por orientación sexual para precautelar la dignidad de la persona. Por su parte, la categoría de matrimonio entre personas del mismo sexo apela a un criterio de reconocimiento que deja abierta la puerta para la inclusión de otros grupos.

Otra característica relacionada con la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo tiene que ver con la adjudicación de otros derechos complementarios, especialmente aquellos relacionados con los derechos económicos:

en varios países, la promulgación de los derechos al matrimonio entre personas del mismo sexo fue precedida por la extensión de beneficios socioeconómicos a las parejas del mismo sexo, un proceso que se vinculó de manera contraintuitiva con el advenimiento de la epidemia de VIH/SIDA.²⁹

²⁷ Aldao, Martín y Clericó, Laura (Coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2016, 224 pp.

²⁸ Marshall, Pablo, “Matrimonio entre personas del mismo sexo: una aproximación desde la política del reconocimiento”. *Polis, Revista Latinoamericana*, núm. 49, 2018, p. 50.

²⁹ Díez, Jordi, “Marriage, same-sex, in Latin America”. En Chiang, Howard

En los años ochenta y noventa, la agenda de la ONU estaba enfocada en tomar medidas de contención relativas a la prevención de las enfermedades de transmisión sexual, pero poco a poco esa agenda fue eclipsada (especialmente en los últimos años), por demandas vinculadas a la identidad, reconocimiento y acceso a derechos de las diversidades sexuales.

Así, por ejemplo, dentro de los Objetivos del Milenio (2000), el número 6 estaba enfocado en combatir el VIH/SIDA y otras enfermedades; mientras que, en la Agenda de Desarrollo Sostenible (2015), se ubica esta tarea en el objetivo 3 que busca garantizar una vida sana.

Un soporte más sólido para la integración de los derechos sexuales y reproductivos de las diversidades sexuales en el marco de los derechos humanos se puede encontrar en otros documentos. Así, por ejemplo, los Principios de Yogyakarta (2007) ponen énfasis en temas como la igualdad, la no discriminación, el derecho a fundar una familia³⁰ y en una versión posterior en derechos como el reconocimiento legal y la no criminalización.³¹

Asimismo, desde la ONU la declaración *Born Free and Equal. Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law*,³² pone énfasis en el rol del Estado para garantizar los derechos de las diversidades sexuales en ejes como violencia, despenalización, discriminación, en base a la orientación sexual.

A nivel regional hay precedentes fundamentales como la Opinión Consultiva OC 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece jurisprudencia sobre la iden-

(Ed.), *Global encyclopedia of lesbian, gay, bisexual, transgender, and queer (LGBTQ) History*, Farmington Hills (EE. UU.), Gale, 2019, p. 1001.

³⁰ The Yogyakarta Principles, marzo, 2007, 35 p.

³¹ The Yogyakarta Principles plus 10, Adoptado el 10 de noviembre de 2017, Ginebra, 27p.

³² ONU, *Born free and equal. sexual orientation, gender identity and sex characteristics in international human rights law*, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 2012, 62 p.

tividad de género y los derechos derivados de los vínculos entre parejas del mismo sexo, aportando categorías como “orientación sexual”³³ que han permitido afinar la relación de derechos asociados al matrimonio entre parejas del mismo sexo.

III. EL ROL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN CUANTO A MATRIMONIO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN MÉXICO

En cuanto a los derechos de las diversidades sexuales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o la Corte) “ha promovido el desmantelamiento de estructuras jurídicas y sociales que, hasta entonces, perpetuaron los procesos de estigmatización que colocaron en una posición de desventaja a quienes pertenecen a este colectivo”.³⁴

En el contexto latinoamericano, la SCJN ha adoptado un rol de vanguardia:

para la Suprema Corte su poder transformador no se manifiesta de una vez y en definitiva cuando declara que una ley es inconstitucional, sino de manera progresiva a través de distintas estrategias de política judicial y que, detrás de las razones que conforman estas partes de sus sentencias, éstas se encuentra una concepción de constitucionalismo transformador relevante para explicar esa innovadora forma de control constitucional, el cual lo pretende desarrollar en un continuo en el tiempo.³⁵

Esa línea progresiva se ha materializado en la jurisprudencia que empieza a marcar una línea progresista (en la medida que se

³³ CIDH, Opinión Consultiva OC 24/17, 2017, p. 18.

³⁴ SCJN, *Los derechos de la diversidad sexual*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 1.

³⁵ SCJN, *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, pp. 74-75.

alineada con unos valores y principios a favor del individuo como base para la posterior intervención del Estado), mucho más notoria de cara al nuevo siglo.

No sólo por su naturaleza federativa, sino por una serie de fenómenos recurrentes en la región, que dan cuenta de un desplazamiento cada vez más notorio de las agrupaciones políticas hacia el abandono de demandas sociales vinculadas con derechos sexuales y reproductivos (en la dirección de la judicialización de la política antes referida), el caso de México expresa de manera particular el argumento de que “sería la justicia constitucional y no el legislador democrático el actor institucional que daría plena carta de identidad al matrimonio igualitario”.³⁶

Este accionar de la Corte se ha apoyado en dos grandes elementos: por una parte, ha buscado fundamentar los conceptos de libertad sexual y reproductiva; mientras que, por otra parte, ha asumido el rol de ser el intérprete sustantivo de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.³⁷ Cabría decir que la independencia de los intereses políticos ha facilitado el impulso de una agenda mucho más atenta con las demandas sociales de la época.

En ambos casos se ha buscado abordar de forma directa conceptos controvertidos haciendo uso de “buena argumentación judicial”, tanto para mantener la correcta aplicación del derecho, así como para “persuadir a la sociedad en su conjunto”,³⁸ lo que no exime —a las decisiones de la Corte— de críticas y cuestiones por mejorar.

³⁶ Salazar, Pedro, Alonso, Carlos, *Habemus Jurisprudencia: la sentencia que validó el matrimonio igualitario en México*. En Salazar, Pedro; Niembro, Roberto; Alonso, Carlos (Coords.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2019, p. 65

³⁷ Madrazo, Alejandro y Vela, Estefanía, “The Mexican Supreme Court’s (Sexual) Revolution?”. *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, pp. 1863-1893.

³⁸ Salazar, Pedro, “Atienza, el razonamiento judicial y el matrimonio igualitario: ciao al positivismo”. En Aguiló, Josep y Grández, Pedro, *Sobre el Razonamiento Judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017, pp. 347-364.

Cuadro 1. El matrimonio entre parejas del mismo sexo en México

	Entidad federativa	Vía	Año	Reforma
1	Aguascalientes	Judicial	2019	Dictamen de la SCJN, AI 40/2018
2	Baja California	Legislativo	2021	Decreto No. 253: modificación del Código Civil y la Constitución
3	Baja California Sur	Legislativo	2019	Decreto No. 2624: Reforma del Código Civil
4	Campeche	Legislativo	2016	Decreto No. 54: modificación del Código Civil
5	Chiapas*	Judicial	2017	SCJN, AI 32/2016
6	Chihuahua	Ejecutivo	2017	Instrucción del gobernador
7	Ciudad de México	Legislativo	2010	Ley que modifica diversas disposiciones del Código Civil
8	Coahuila	Legislativo	2014	Decreto No. 574: enmienda al Código Civil
9	Colima	Legislativo	2016	Decreto No. 103: reforma al Código Civil
10	Durango	Legislativo	2022	Acción Judicial (2022); Acuerdo Administrativo (2022); y, Decreto legislativo No. 207 para modificar el Código Civil (2023)
11	Guanajuato	Ejecutivo	2021	Decreto No. 253 que modifica reglamentos del Registro Civil
12	Guerrero	Legislativo	2022	Decreto No. 244 que reforma el Código Civil, Código de Procedimientos Civiles, Ley de Registro Civil
13	Hidalgo	Legislativo	2019	Decreto No. 189: modificación de la Ley para la Familia

14	Jalisco	Judicial	2016	SCJN, AI 28/2015 (2015); Decreto 28770 LXIII/22 modificación del Código Civil (2022)
15	Michoacán	Legislativo	2016	Decreto No. 150: enmiendas al Código de Familia
16	Morelos	Legislativo	2016	Decretos 756 y 757: enmiendas a la Constitución
17	México	Legislativo	2022	Decreto No. 103 para modificar el Código Civil
18	Nayarit	Legislativo	2015	Decreto que reforma artículos del Código Civil
19	Nuevo León	Judicial	2019	SCJN, AI 29/2018; Decreto legislativo No. 409: modificación del Código Civil (2023)
20	Oaxaca	Legislativo	2019	Decreto No. 771: reforma al Código Civil
21	Puebla	Legislativo	2020	SCJN, AI 29/2016 (2017); Decreto Legislativo para reformar el Código Civil
22	Querétaro	Legislativo	2021	Reforma al Código Civil
23	Quintana Roo	Ejecutivo	2012	Secretaría de Gobierno del Estado validó matrimonios entre personas del mismo sexo (2012); Decreto Legislativo No. 145 (2021): reforma al Código Civil
24	San Luis Potosí	Legislativo	2019	Decreto No. 0168: modificación del Código Familiar
25	Sinaloa	Legislativo	2021	Decreto No. 646: para modificar el Código de Familia
26	Sonora	Legislativo	2021	Decreto No. 03: reformas al Código de Familias
27	Tabasco	Legislativo	2022	Decreto 079: reformas al Código Civil

28	Tamaulipas	Legislativo	2022	Decreto No. 65-419: reformas al Código Civil
29	Tlaxcala	Legislativo	2020	Decreto No. 291: enmiendas al Código Civil
30	Veracruz	Judicial	2021	Dictamen Judicial AI 144/2020 y su acumulada 185/2020 (2022); Decreto Legislativo No. 244 (2022)
31	Yucatán	Legislativo	2021	Modificación de la Constitución (2021); SCJN, AR 27/2021; Decreto 475/2022: cambios en la Ley del Registro Civil y el Código Familiar (2022)
32	Zacatecas	Legislativo	2021	Decreto No. 42 (Ley de matrimonio entre personas del mismo sexo)

Fuente: Elaboración propia con datos de ILGA.³⁹

El cuadro 1 revela un fenómeno que ya se venía señalando: la Corte establece los parámetros jurídicos que fundamentan la aplicación de los derechos humanos y de los derechos sexuales, lo que ejerce presión sobre los legislativos estatales para que estos modifiquen sus normativas.

En este caso, uno de los elementos de partida para apuntalar la legalidad y legitimidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo está en la jurisprudencia de la SCJN cuando argumenta en favor de la realización personal, puesto que:

el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profe-

³⁹ ILGA, Base de datos disponible en <https://ilga.org/> Se ha seleccionado el Área 1: Marcos Jurídicos; los temas: pareja del mismo sexo y matrimonio; rango temporal: 2000-2023. (2023).

sión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma.⁴⁰

En este caso la pregunta posterior es si de acuerdo con la normativa constitucional, el matrimonio corresponde a un dominio heteronormativo, a lo que la SCJN responde señalando que a) la reproducción no es una finalidad propia del matrimonio, de lo cual se desprende que, b) este (el matrimonio entre parejas del mismo sexo) no puede señalarse como una amenaza a la familia en tanto núcleo de la sociedad.⁴¹

En este sentido llama la atención que “la SCJN estableció un marco de dignidad en relación con el libre desarrollo de la individualidad, y sólo después analizó la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en un marco de igualdad”,⁴² ratificando la importancia de la autonomía individual como base para el posterior desarrollo social.

Esta idea se ratifica de forma posterior, puesto que la SCJN agrega que aparte del ámbito reproductivo, el matrimonio “ha encontrado sustento, principalmente, en los lazos afectivos, sexuales y de identidad, de solidaridad y de compromiso mutuo de quienes desean tener una vida en común”.⁴³

La redacción de los Códigos Civiles insistía en definir el matrimonio como una institución heteronormativa. Un ejemplo lo encontramos en el estado de Oaxaca que definía al matrimonio como: Art. 143, “un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida”. Este criterio se reformula bajo los siguientes argumentos:

⁴⁰ SCJN, *Amparo Directo Civil 6/2008*, p. 86.

⁴¹ SCJN, *Acción de Inconstitucionalidad 2/2010*, pp. 104-105.

⁴² Sáez, Macarena, *Transforming*, 2012, p. 158.

⁴³ SCJN, *Amparo en Revisión 581/2012*, p. 16

1. Se puede combatir una norma que excluye a las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio sin acreditar un acto de aplicación, ya que el precepto produce una afectación expresiva de estigmatización por discriminación, la cual genera interés legítimo para impugnar sin necesidad de un acto de aplicación.
2. Si se considera que una norma es discriminatoria, la interpretación conforme no repara dicha discriminación porque lo que buscan las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación y su inclusión expresa en el régimen jurídico del matrimonio. En otras palabras, no se trata sólo de acceder a la institución del matrimonio, sino de suprimir el estado de discriminación generado por el mensaje transmitido por la norma.⁴⁴

Por un lado, se busca establecer una base sólida (a nivel jurídico); pero, por otro lado, esta base no puede carecer de acciones tendientes a resarcir el carácter discriminatorio hacia los individuos que tienen una orientación sexual diferente a la heteronormativa.

En la parte medular de la fundamentación jurídica sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo la SCJN (AR 704/2014) apela al concepto de discriminación normativa: “cuando dos supuestos de hecho equivalentes son regulados de forma desigual sin que exista una justificación razonable para otorgar un trato diferenciado”, lo que se da a través de dos figuras:

- a) Exclusión tácita: tiene lugar cuando un régimen jurídico implícitamente excluye de su ámbito de aplicación a un supuesto de hecho equivalente al regulado en la disposición normativa, lo que suele ocurrir cuando se establece a un

⁴⁴ SCJN, *Los Derechos de...*, 2022, pp. 18-19. Ver AR 152/2013. En la misma línea ver AI 32/2017 que reforma el Art. 144 del Código Civil del Estado de Chiapas.

determinado colectivo como destinatario de un régimen jurídico, sin hacer mención alguna de otro equivalente colectivo que se encuentra en una situación.

- b) Diferenciación expresa: el legislador establece dos regímenes jurídicos diferenciados para supuestos de hecho o situaciones equivalentes. En este caso, la exclusión es explícita, pues el legislador crea un régimen jurídico distinto para ese supuesto de hecho o situación equivalente.⁴⁵

En el primer caso, que el matrimonio solo pueda darse entre un hombre y una mujer constituye un ejemplo de exclusión tácita, mientras que al distinguir “matrimonio” de “sociedad conyugal” se da una diferenciación expresa como pretendía la normativa del estado de Colima que se analiza en este Amparo.

En esta misma línea, a propósito del Art. 260 del Código Civil de Jalisco (matrimonio entre hombre y mujer), el dictamen de la SCJN señala que no se puede discriminar a nadie por sus preferencias sexuales puesto que se atentaría contra su dignidad, además de vulnerar varios preceptos constitucionales e internacionales:

De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículos 1º y 4º.

Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículos 1, 11, 17 y 24.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículos 2, 3 y 26.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Artículo 10.1.⁴⁶

Así, por ejemplo, en el caso de la reforma emprendida en el Estado de Yucatán, para evitar modificar el Código Civil y facilitar la legalización del matrimonio entre parejas del mismo

⁴⁵ SCJN, *Amparo en revisión 704/2014*, § 129, §130, pp. 50-51.

⁴⁶ SCJN (2015), *Acción de Inconstitucionalidad 28/2015*, p. 3

sexo, el Congreso de esa entidad modificó el mecanismo de votación.

Ante esto, la SCJN, desde la perspectiva del concepto de “omisión legislativa”, determinó que se habían vulnerado varios derechos: asociación y reunión, petición, votar y ser votados, defensa de la democracia constitucional, libertad de expresión, participación activa en los asuntos públicos del Estado, sexualidad y derechos sexuales, lo que da lugar al interés legítimo al juicio de amparo en favor del cumplimiento de derechos fundamentales.⁴⁷

Ya en el marco de la normativa internacional, este tipo de omisiones atenta directamente contra el Art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que obliga a suprimir normativas violatorias a las garantías allí expresadas, así como la expedición de normas y prácticas que conduzcan a la observancia de dichas garantías.

En línea con la normativa internacional de la que México es signatario, se plantea que este tipo de consideraciones, es decir discriminar a alguien por su orientación sexual:

colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, además de ser un obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica.⁴⁸

La SCJN ya había resuelto que tanto la procreación como finalidad del matrimonio y la alusión al hombre y mujer como únicos individuos capaces de contraerlo, es inconstitucional;⁴⁹ de la misma forma que resolvió la inexistencia de razón consti-

⁴⁷ SCJN (2021), *Amparo en revisión 27/2021*, especialmente pp. 12-30.

⁴⁸ CIDH, *Opinión Consultiva OC 24/17, 2017*, p. 49; SCJN (2020), *Amparo en Revisión 413/2020*, § 78, p. 25.

⁴⁹ SCJN, *Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 43/2015*.

tucional para no reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo.⁵⁰ En este sentido ratifica que:

la violación al principio de igualdad y no discriminación, al prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo, se mantiene hasta en tanto no exista una legislación que derogue dicha disposición o cambie el sentido de su redacción y, efectivamente, garantice su celebración a las personas del mismo sexo.⁵¹

Retomando el criterio de la CADH, prácticamente la totalidad de las entidades federativas (excepto Aguascalientes y Chiapas) han alineado su normativa estatal a los criterios internacionales y de la SCJN sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Volviendo a los criterios de vulneración de derechos asociados a la prohibición del matrimonio entre parejas del mismo sexo en los términos establecidos por la normativa, se pueden identificar algunas especificidades de vulneración en:

- Derecho a la no discriminación.
- Derecho a la dignidad humana en su vertiente de libre desarrollo de la personalidad.
- Derecho a la igualdad ante la ley.
- Principio pro persona.⁵²

A propósito de la referencia anterior, cuando se trata de derechos sociales, culturales y económicos, “al negarle a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio o concubinato (bajo las condiciones que para su configuración prevé la propia Ley del Seguro Social), implica

⁵⁰ SCJN, *Tesis de Jurisprudencia 1ª./J. 46/2015*.

⁵¹ SCJN, *Amparo en Revisión 413/2020*, § 81, p. 26.

⁵² SCJN, *Acción de Inconstitucionalidad 28/2015*, p. 4.

tratar a los homosexuales como si fueran ciudadanos sin derechos”.⁵³

Para disminuir el riesgo de fallas procesales, la SCJN ha establecido algunos parámetros para apuntalar una estructura funcional del sistema jurídico y sus operadores, apegada a los casos que involucren orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales (OSIEGCS).

Dentro de esta propuesta, la primera sección resuelve temas de carácter conceptual; la segunda establece un marco de derechos y principios; mientras que, la tercera ofrece una guía práctica. En esta última llaman la atención aspectos de carácter procesal (competencia, interés, representación), así como una serie de obligaciones devenidas de este tipo de procedimientos.⁵⁴

Es indudable que todos estos avances representan un esfuerzo continuado para evitar que el sistema jurídico siga perennizando situaciones discriminatorias a grupos vulnerables y de manera particular a grupos de las diversidades sexuales. Este esfuerzo debe verse reflejado no sólo en el accionar de quienes integran el ámbito jurídico, sino también de otros sectores como la academia y la sociedad civil para reforzar la convivencia armónica en términos de un orden jurídico eficiente, integral y justo.

IV. CONCLUSIONES

El matrimonio entre parejas del mismo sexo representa uno de los temas de análisis donde se hacen evidentes las disfuncionalidades a nivel social y a nivel de instituciones. En este sentido, las instituciones jurídicas han jugado un rol importante tanto para mantener el orden propuesto por el Estado, así como para generar procesos de transformación.

⁵³ SCJN, *Acción de Inconstitucionalidad 40/2018*, 2019, p. 106.

⁵⁴ SCJN, *Protocolo para Juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

La visión tradicional del matrimonio centrada en la premisa que asocia sexualidad y reproducción se ve fuertemente cuestionada cuando los grupos de las diversidades sexuales demandan el reconocimiento de iguales derechos que las parejas heterosexuales; sin embargo, estas agendas incluyen otros temas como la identidad y el reconocimiento.

La inequidad ha sido y en algunos casos sigue siendo una práctica común por distintos motivos y en el caso de la homosexualidad ha estado sujeta al estigma social que recién en el siglo XXI comienza a ser transformado en parte por la construcción de redes locales y transnacionales, pero en gran medida por la acción decisiva (en el caso de México) de la SCJN.

Desde sentencias como el ADC 6/2008, que establece la imposibilidad de atentar contra el libre desarrollo de la personalidad en base a la opción sexual hasta hitos como el AR 704/2014 que devela el modo en que la norma jurídica ha establecido discriminación normativa hacia las parejas homosexuales, la Corte ha seguido una agenda en favor de los derechos humanos facilitando la integración de estos grupos que habían sido tradicional e injustamente excluidos.

Recogiendo la hipótesis presentada, este texto trae a la reflexión y el análisis varios elementos teóricos y jurisprudenciales en torno al matrimonio homosexual, dejando en evidencia que, en el caso analizado, el rol de la Corte ha sustituido al del legislador, puesto que las decisiones han venido desde el campo jurídico y no del político.

Este tipo de acciones demuestran la importancia de la argumentación/fundamentación jurídica, pero también la necesidad de generar espacios de diálogo y concientización para que toda la sociedad actúe en torno a ciertos criterios. Uno de estos es que la discriminación debe ser desterrada de la convivencia ya que esta encuentra en las normas jurídicas un elemento fundamental para su correcto funcionamiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldao, Martín y Clericó, Laura (Coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.
- Álvarez, Sonia, Dagnino, Evelina y Escobar, Arturo (Eds.), *Cultures of politics, politics of cultures. re-visioning Latin American Social movements*. Boulder (EE. UU.), Westview Press, 1998.
- Bosia, Michael, McEvoy, Sandra y Rahman, Momin (Edits.), *The Oxford handbook of global LGBT and sexual diversity politics*, Nueva York, Oxford University Press, 2020.
- CIDH, *Opinión Consultiva OC 24/17*, 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577/2011.
- Cherlin, Andrew, “The deinstitutionalization of american marriage”. *Journal of marriage and family*, vol. 66, núm. 4, 2004.
- Díez, Jordi, *The politics of gay marriage in Latin America. Argentina, Chile and Mexico*, Nueva York, Cambridge University Press, 2015.
- Díez, Jordi, “Same-Sex, in Latin America”. En Chiang, Howard (Ed.), *Global Encyclopedia of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, and Queer (LGBTQ) history*, Farmington Hills (EE. UU.), Gale, 2019.
- Fernández, Juan y Lutter, Mark, “Supranational cultural norms, domestic value orientations and the diffusion of same-sex union rights in Europe, 1988-2009”. *International Sociology*, vol. 28, núm. 1, 2013.
- Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. I-La voluntad de saber*, México, Siglo XXI Editores, 2007.
- Glendon, Mary, *The new family and the new property*, Toronto Canadá, Butterworths, 1981.
- Glendon, Mary, *The transformation of family law. state, law, and family in the United States and Western Europe*, Chicago (EE. UU): The University of Chicago Press, 1989.

- Gough, Kathleen, “The Nayars and the definition of marriage”. *The journal of the royal anthropological. Institute of Great Britain and Ireland*, vol. 89, núm. 1, 1959.
- Khanani, Ahmed; Robinson, Jean, “Democracy, discursive frames, and same-sex unions: A cross-national analysis”. En Pierceson, Jason, Piatti-Crocker, Adriana y Schulenberg, *Shawn Same-Sex marriage in the Americas. Policy innovation for same-sex relationships*, Lanham (EE. UU), Lexington Books, 2010.
- Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn, *Activist beyond borders: advocacy networks in international politics*. Nueva York, Cornell University Press, 1998.
- Kollman, Kelly, “Same-sex partnership and marriage: The success and costs of transnational activism”. En Paternotte, David y Tremblay, Manon (Eds.) *The Ashgate Research Companion to Lesbian and Gay Activism*. Nueva York: Routledge, 2015.
- Lauer, Sean y Yodanis, Carrie, “The deinstitutionalization of marriage revisited: a new institutional approach to marriage”. *Journal of family theory & review*, vol. 2, núm. 1, 2010.
- Lemaitre, Julieta, “Catholic Constitutionalism on Sex: Women and the Beginning of Life”. En Cook, Rebecca, Erdman, Joanna y Dickens, Bernard (Edits.), *Abortion law in transnational perspective. cases and controversies*, Filadelfia (EE. UU.), University of Pennsylvania Press, 2014.
- MacKinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1995.
- Madrazo, Alejandro y Vela, Estefanía, “The Mexican Supreme Court’s (Sexual) Revolution?”, *Texas Law Review*, vol. 89, 2011.
- Marshall, Pablo, “Matrimonio entre personas del mismo sexo: una aproximación desde la política del reconocimiento”. *Polis. Revista Latinoamericana*, núm. 49, 2018.
- Martínez de Aragón, Lara, “El tratamiento jurídico internacional

- de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva iusfeminista”. *Atlánticas, Revista Internacional de Estudios Feministas*, vol. 8, núm. 2, 2023.
- Nock, Steven, *Marriage in men's lives*, Nueva York, Oxford University Press, 1998.
- Pateman, Carole, *El contrato sexual*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1995.
- Pierceson, Jason, “Variations in the judicialization of same-sex marriage politics in Latin America”. En Pierceson, Jason, Piatti-Crocker y Adriana Schulemberg Shawn (Eds.), *Same sex marriage in Latin America. Promise and resistance*, Lanham (EE. UU.), Lexington Books, 2012.
- Richardson, Jeremy, “Introduction: the concept of policy style”. En Richardson, Jeremy (Ed.), *British policy-making and the need for a post-Brexit policy style*. Londres, Palgrave, 2018.
- Sáez, Macarena, “Transforming family law through same-sex marriage: lessons from (and to) the western world”. *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 25, 2014.
- SCJN, *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.
- SCJN, *Los derechos de la diversidad sexual*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
- SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
- Salazar, Pedro, “Atienza, el razonamiento judicial y el matrimonio igualitario: ciao al positivismo”. En Aguiló, Josep y Grández, Pedro, *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017.
- Salazar, Pedro y Alonso, Carlos, “Habemus Jurisprudencia: la sentencia que validó el matrimonio igualitario en México”. En Salazar, Pedro, Niembro, Robert y Alonso, Carlos

- (Coords.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2019.
- Sequeira, Paula, “Haciendo las preguntas correctas. Foucault, poder y sexualidad”. *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, núm. 31, mayo-agosto, 2015.
- Sheill, Kate, “Sexual rights are human rights”. En Cornwall, Andrea, Corrêa, Sonia y Jolly, Susie (Eds.), *Development with a Body. Sexuality, human rights & development*. Nueva York, Zen Books, 2008.
- Therborn, Göran, *Between sex and power. Family in the world 1900-2000*, Londres, Routledge, 2004
- The Yogyakarta Principles*, marzo, 2007.
- The Yogyakarta Principles plus 10*, adoptada el 10 de noviembre de 2017, Ginebra.
- Organización de las Naciones Unidas, *Born free and equal. Sexual orientation, gender identity and sex characteristics in international human rights law*, Nueva York, United Nations, 2012.
- WHO, *Defining Sexual Health. Report of a technical consultation on sexual health. 28-31 January 2002*. Ginebra: World Health Organization, 2006.

Sentencias SCJN México:

SCJN, Amparo Directo Civil 6/2008.

SCJN, Acción de inconstitucionalidad 2/2010.

SCJN, Amparo en revisión 581/2012.

SCJN, Amparo en revisión 152/2013.

SCJN, Amparo en revisión 704/2014.

SCJN, Acción de inconstitucionalidad 28/2015.

SCJN, Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 43/2015.

SCJN, Tesis de Jurisprudencia 1ª./J. 46/2015.

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 32/2017.

SCJN Acción de Inconstitucionalidad 40/2018, 2019.

SCJN, Amparo en revisión 413/2020.

SCJN, Amparo en revisión 27/2021.

Datos:

ILGA, Base de datos disponible en <https://ilga.org/> [último acceso: 20/10/2023].

CONSIDERATIONS SUR LA PROCEDURE DE *NO CASE TO ANSWER* DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR PENALE INTERNATIONALE¹

PIERRE BELBENOIT-AVICH*

RÉSUMÉ

La procédure dite de “*no case to answer*” est spécifique aux systèmes juridiques de common law dans lesquels le procès criminel, dans une configuration de type contradictoire (ou *adversarial*), voit se succéder une phase de présentation des moyens de preuve du Procureur, puis une phase de présentation des moyens de preuve de la Défense. Elle conduit le juge, suite à la clôture du “Prosecution case”, sur requête de la Défense ou *proprio motu*, à évaluer la preuve de l’Accusation pour déterminer si celle-ci est suffisamment solide pour que la poursuite du procès soit justifiée. A défaut, un acquittement anticipé est prononcé.

Cet article discute l’introduction jurisprudentielle de cette procédure dans le droit procédural de la Cour pénale internationale alors que celle-ci n’est prévue ni par le Statut de Rome ni par le Règlement de procédure et de preuve. Le caractère normatif de cette jurisprudence (qui a donc importé un recours procédural) mérite d’être souligné, puisque ce sont les Etats qui sont le législateur de principe du droit procédural de la Cour (c’est l’Assemblée des Etats Parties qui a adopté et qui a le pouvoir d’amender le Règlement de procédure et de preuve, comme prévu à l’article 51 du Statut). La jurisprudence a adapté le régime de la procédure de *no case to answer* en considération des caractères propres du système procédural de la Cour.

¹ Les opinions exprimées dans cet article ne sont que celles de l’auteur et n’engagent pas le Bureau du Procureur de la Cour Pénale Internationale.

* Docteur en droit, Substitut du Procureur (Cour Pénale Internationale).

MOTS CLES : Procès criminel, procès contradictoire, poursuite du procès, acquittement anticipé

ABSTRACT

The no case to answer procedure is specific to the common law legal systems in which the criminal trial, in an adversarial configuration, is split between a first phase of presentation of the Prosecutor's evidence and a phase dedicated to the presentation of the Defence's evidence. It leads the judge, following the closure of the prosecution case, at the request of the Defence or *proprio motu*, to assess the prosecution's evidence to determine whether it is sufficiently strong to justify the continuation of the trial. If not, an early acquittal is warranted.

This article discusses the jurisprudential introduction of this procedure in the procedural law of the International Criminal Court. The normative character of this jurisprudence deserves to be emphasized since the States are, in principle, the legislator of the Court's procedural law (it is the Assembly of States Parties that adopted and has the power to amend the Rules of Procedure and Evidence, as provided for in Article 51 of the Statute). The Court's jurisprudence adapted the no case to answer procedure in light of the characteristics of the Court's procedural system.

KEYWORDS: Criminal trial, adversarial trial, continuation of trial, early acquittal

RESUMEN

El procedimiento de “no hay caso para responder” es específico de los sistemas jurídicos del *common law*, en los que el juicio penal contradictorio o adversarial se divide en una primera fase de presentación de pruebas de parte del Fiscal y una segunda fase para la presentación de pruebas de parte de la defensa. Una vez terminada esta etapa, el juez, a petición de la defensa o de

motu proprio, procede a evaluar las pruebas que sustentan la acusación y determinar si son suficientemente sólidas para justificar la continuación del proceso. En caso contrario, se justifica que ordene una absolución o *termination* anticipada del proceso.

Este artículo analiza la introducción jurisprudencial de este procedimiento en el derecho procesal de la Corte Penal Internacional. Corresponde destacar que se trata de una jurisprudencia de carácter normativo, ya que los Estados son, en principio, los legisladores del derecho procesal de la Corte (la Asamblea de los Estados Partes es el órgano facultado para adoptar y modificar las Reglas de Procedimiento y Prueba, según lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de Roma). Así, la jurisprudencia de la Corte adaptó el procedimiento de no respuesta a las características de su sistema procesal.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento penal, proceso adversarial, continuación del proceso, absolución anticipada

INTRODUCTION

La procédure dite de “*no case to answer*” est spécifique aux systèmes de droit de *common law*, dont la structure du procès pénal, de type *adversarial*, voit se succéder une phase de présentation de la preuve de l’Accusation et une phase de présentation de la preuve de la Défense. Aussi désignée “*motion for directed verdict*”, “*motion for dismissal*”, “*motion of non suit*” ou encore “*motion for a directed judgment of acquittal*”, elle conduit le juge à décider un acquittement anticipé à l’issue de la phase de présentation de la preuve de l’Accusation, sur requête de la Défense ou *proprio motu*,² s’il détermine que la preuve à charge

² V. notamment, pour le droit britannique, la Règle 25.9(2)(e) des *Criminal Procedure Rules* (“[A]t the end of the prosecution evidence, on the defendant’s

est d'un tel niveau de faiblesse qu'un jury raisonnable (le "*trier of fact*") ne pourrait pas condamner.

La logique est que l'Accusation ayant la charge de la preuve, il lui appartient de produire, pendant sa phase du procès, la preuve nécessaire pour établir la responsabilité pénale de la personne mise en cause au-delà de tout doute raisonnable. Si elle n'y est pas parvenue à ce point, et cela à tel degré qu'un jury raisonnable ne pourrait pas condamner, alors le droit à la présomption d'innocence implique que l'accusé soit acquitté ; il serait pas ailleurs inéquitable que celui-ci soit mis, dans cette circonstance, dans la position de devoir décider ou non de produire de la preuve en défense, voire de témoigner lui-même, avec le risque de porter préjudice à sa cause.

La procédure de *no case to answer* a été intégrée dans les Règlements de procédure et de preuve de la plupart des juridictions pénales internationales. On la trouve ainsi, avec des variantes, à la Règle 98 *bis* des Règlements de procédure et de preuve des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, à la Règle 98 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, ou encore à la Règle 130 du Règlement de procédure et de preuve des Chambres spécialisées pour le Kosovo. Les Etats parties ne l'ont cependant pas incorporée dans le Statut de Rome et dans le Règlement de procédure et de preuve de la Cour Pénale Internationale.

Cet article discute de l'introduction jurisprudentielle de cette procédure dans le droit de la Cour, par l'exercice, de fait, d'une forme de pouvoir normatif des juges (alors que le législateur s'agissant du droit substantiel et procédural de la Cour est, par principe, les Etats Parties,³ les juges n'ayant l'autorité que

application or on its own initiative, the court – (i) may direct the jury [...] to acquit on the ground that the prosecution evidence is insufficient for any reasonable court properly to convict, but (ii) must not do so unless the prosecutor has had an opportunity to make representations”).

³ V. notamment les articles 51, 121 et 123 du Statut, et la Règle 3 du

d'adopter le Règlement de la Cour, contenant les dispositions «nécessaires au fonctionnement de la Cour⁴»).

Seront également traités les points saillants de cette jurisprudence. Premièrement, les juges se sont reconnus un pouvoir *discrétionnaire* d'autoriser ou non le dépôt de requêtes aux fins de *no case to answer*, qui prête à discussion. Ensuite, la question de la définition des critères d'évaluation de la preuve dans le cadre d'une procédure de *no case to answer* est également fondamentale puisqu'elle touche à la nature de cette procédure (en effet, une analyse de la preuve prise "at its highest", selon la terminologie adoptée en la matière, et écartant à ce stade une considération en profondeur de sa crédibilité et de sa fiabilité, confère à cette procédure le caractère d'un "filtre", visant à mettre un terme aux procès lorsque la preuve est trop faible pour justifier leur continuation ; si, en revanche, les critères d'analyse retenus conduisent le juge à entrer dans une évaluation de détail de la fiabilité et de la crédibilité de la preuve en vue de déterminer si le Procureur a prouvé la responsabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable, celui-ci procède, *de facto*, à un préjugement – même si bien sûr le procès, en cas de rejet de la requête, ira à son terme).

I – L'INCORPORATION DE LA PROCEDURE DE NO CASE TO ANSWER PAR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR, EXERCICE D'UNE FORME DE POUVOIR NORMATIF

Comme mentionné ci-dessus, le Statut de Rome et le Règlement de procédure et de preuve de la Cour n'incluent pas la procédure de *no case to answer*; à la différence des Règlements de pro-

Règlement de procédure et de preuve.

⁴ Article 52 du Statut.

cédure et de preuve des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ou des Chambres spécialisées pour le Kosovo. L'incorporation de cette procédure dans le droit de la Cour est jurisprudentielle. Elle a été initiée par la "Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on 'No Case to Answer' Motions)" rendue par la Chambre de première instance V(a) dans l'affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang* le 3 juin 2014⁵, et est désormais bien établie en jurisprudence puisqu'elle a été suivie par la pratique des chambres de première instance dans les affaires *Le Procureur c. Bosco Ntaganga*,⁶ *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*⁷, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*⁸ et *Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* (affaire Ali Kushayb),⁹ et qu'elle a été validée par la Chambre d'appel.¹⁰

⁵ Affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on 'No Case to Answer' Motions), ICC-01/09-01/11-1334, 3 juin 2014.

⁶ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Decision on the conduct of the proceedings*, ICC-01/04-02/06-619, 2 juin 2015, para. 17.

⁷ V. la décision orale rendue le 15 janvier 2019 par la Chambre de première instance I acquittant Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé sur requête de leurs équipes de défense, ICC-02/11-01/15-T-232-ENG ET.

⁸ V. la décision rendue le 16 novembre 2017 par la Chambre de première instance IX "on Defence Observations on the Preliminary Directions for any LRV or Defence Evidence Presentation and Request for Guidance on Procedure for No-Case-to-Answer Motion", ICC-02/04-01/15-1074, notant que selon la jurisprudence de la Chambre d'appel "a Trial Chamber retains the discretion as to whether or not to conduct a no-case-to-answer procedure", et considérant qu'"a no-case-to-answer motion should only be entertained if the specific circumstances of the case warrant such action" (paras. 33-33).

⁹ V. la décision rendue par la Chambre de première instance I le 10 mars 2023 "on the Defence application for leave to file a motion for acquittal", ICC-02/05-01/20-900.

¹⁰ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the "Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion"*, ICC-01/04-02/06-2026 OA6, 5 septembre 2017; Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, *Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I's decision on the no case*

Alors que dans le système de la Cour les Etats sont le législateur (le Règlement de procédure et de preuve et ses amendements sont adoptés par les Etats Parties¹¹), cette incorporation de la procédure de *no case to answer* est un exemple intéressant d'exercice de pouvoir normatif juridictionnel. Pour y procéder, la Chambre de première instance dans l'affaire Ruto et Sang s'est fondée sur son autorité, aux termes des articles 64(3)(a) et 64(6)(f) du Statut, « d'adopt[e] toutes procédures utiles à la conduite équitable et diligente de l'instance », et sur les larges pouvoirs que confère aux chambres la Règle 134 du Règlement de procédure et de preuve pour statuer d'office sur toute question concernant le déroulement de la procédure.¹² Elle a considéré cette introduction “consistent with its general obligation, pursuant to Article 64(2) of the Statute, to ensure that the trial is fair and expeditious and conducted in a manner which respects the rights of the accused and has due regard for the protection of victims and witnesses”.¹³

La Chambre d'appel s'est prononcée pour la première fois sur la question dans l'affaire Ntaganda, et a confirmé, suivant le raisonnement qui avait été celui de la Chambre de première instance V(a) dans l'affaire Ruto et Sang, que “while the Court’s legal texts do not explicitly provide for a ‘no case to answer’ procedure in trial proceedings before the Court, it nevertheless is permissible”.¹⁴

to answer motions, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021.

¹¹ V. l'article 51 du Statut et la Règle 3 du Règlement de procédure et de preuve.

¹² Affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, *Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on 'No Case to Answer' Motions)*, ICC-01/09-01/11-1334, 3 juin 2014, para. 15.

¹³ Affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, *Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on 'No Case to Answer' Motions)*, ICC-01/09-01/11-1334, 3 juin 2014, para. 16.

¹⁴ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the "Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion"*, ICC-01/04-02/06-2026 OA6, 5 septembre 2014, paras. 44 et 45.

Il est notable que la question du pouvoir “normatif” des juges d’introduire cette procédure dans le droit de la Cour a fait l’objet de débats parmi les juge composant la Chambre d’appel saisie de l’appel du Procureur contre la décision de la Chambre de première instance I “*on the no case to answer motions*” acquittant Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé.

Dans une opinion dissidente, la juge Ibáñez Carranza a avancé qu’une proposition de règle aux fins d’inclusion de la procédure de *no case to answer* avait été soumise aux délégués de la Commission Préparatoire par un groupe de travail de l’*American Bar Association* en février 1999. Constatant que celle-ci n’a pas été adoptée, elle a conclu (selon la synthèse de sa position faite dans l’arrêt de la Cour) que “the no case to answer procedure was considered and rejected by the drafters of the Rules of Procedure and Evidence – and that this could lead the Appeals Chamber to change its jurisprudence in respect of the acceptability of no case to answer proceedings”.¹⁵ La majorité a refusé de suivre cette analyse, indiquant ne pas être “aware of any documentary or other evidence that this draft rule was discussed and specifically rejected by the States who were responsible for drafting and adopting the Rules of Procedure and Evidence”¹⁶. Elle a affirmé l’“importance of the no case to answer procedure to international proceedings”, et souligné que “[in] any event, article 21(1)(b) of the Rome Statute permits the Court to apply ‘principles and rules of international law [...]’. These would include principles and rules of international law of a procedural nature, which has demonstrably assisted in the

¹⁵ Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé, Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021, note de bas de page 210.

¹⁶ Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé, Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021, note de bas de page 210.

administration of justice at other international courts and tribunals whose prior work should furnish the ICC with sensible practices and precedents”.¹⁷

L’incorporation de la procédure de *no case to answer* n’est qu’une illustration de ce qui est, de fait, une forme de pouvoir normatif des juges. Dans la même logique, la jurisprudence de la Cour a également retenu la possibilité, non prévue par le Statut ou le Règlement de procédure et de preuve, de décider un *stay of proceedings*¹⁸ ou encore de décider un mistrial.¹⁹ Comme l’a souligné le juge Oboe-Osuji dans ses “Reasons” sous la décision rendue par la Chambre de première instance V(a)

on Defence Applications for Judgments of Acquittal”, “[a]s article 21 of the Rome Statute shows, the processes of the ICC are not vacuum-sealed against the inspirational influences of domestic legal methods for the legal solutions to similar difficulties that may arise at this Court, when such domestic methods do not contradict the Court’s own legal texts.²⁰

La nature jurisprudentielle de la procédure de *no case to*

¹⁷ Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, *Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021, note de bas de page 210.

¹⁸ Affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006*, ICC-01/04-01/06-772, 14 décembre 2006, para. 39. V. aussi notamment la décision rendue par la Chambre de première instance I le 13 juin 2008 “on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008”, ICC-01/04-01/06-1401, 13 juin 2008.

¹⁹ Affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, *Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal*, ICC-01/09-01/11-2027-Red, 5 avril 2016, para. 192 (“Reasons” du juge Oboe-Osuji).

²⁰ Affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, *Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal*, ICC-01/09-01/11-2027-Red, 5 avril 2016, para. 192 (“Reasons” du juge Oboe-Osuji).

answer dans le droit de la Cour emporte un risque d'atteinte à l'égalité de traitement des personnes poursuivies, particulièrement alors que dans le cadre spécifique de la Cour Pénale Internationale, les Chambres, par application de l'article 21(2) du Statut, n'ont pas l'obligation de se conformer aux précédents.²¹ Une codification de cette procédure par l'Assemblée des Etats Parties serait appropriée : elle graverait dans le marbre du Règlement de procédure et de preuve l'ouverture de ce recours à tout accusé (quelle que soit donc la sensibilité juridique ou l'approche des juges saisis du procès). Une codification serait également dans l'intérêt de la sécurité juridique des accusés (et de l'Accusation) puisque les principes applicables à cette procédure seraient alors fixés dans les textes supérieurs de la hiérarchie normative de la Cour.²²

II – LA QUESTION DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE DES JUGES DE PREMIERE INSTANCE D'AUTORISER (OU NON) LA DEFENSE A DEPOSER UNE REQUETE AUX FINS DE *NO CASE TO ANSWER*

Alors que dans les systèmes de *common law* et dans le cadre des tribunaux pénaux internationaux la Défense peut soumettre une requête aux fins de *no case to answer*, la jurisprudence de la Cour est plus restrictive.

La Chambre de première instance VI dans l'affaire Ntaganda a, par sa "Decision on the conduct of proceedings",²³ introduit

²¹ Aux termes de l'article 21(2) du Statut, « [l]a Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures ». (Elle le « peut », donc elle n'y est pas tenue).

²² Aux termes de l'article 21(1) du Statut, la Cour applique, « [e]n premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ».

²³ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda, Decision on the conduct of proceedings*, ICC-01/04-02/06-619, 2 juin 2015.

un pouvoir discrétionnaire des juges d'autoriser ou non une requête en ce sens. Dans cette décision organisant la conduite du procès, elle a décidé ne pas prendre position "at this time on whether it will entertain a motion by the Defence asserting that there is no case for it to answer", et a fait instruction à cette dernière, au cas où elle souhaiterait y procéder, de "seek leave to do so [...] no later than five days after the end of the Prosecution's presentation of evidence, or, if applicable, the presentation of evidence by the LRVs".²⁴ Après la clôture de la phase de présentation de la preuve du Procureur, la Défense a demandé l'autorisation de soumettre une requête aux fins de *no case to answer*; que la Chambre a rejeté en se reconnaissant une "broad discretion as to whether or not to pronounce upon such matters at this stage of the proceedings".²⁵ Elle a jugé qu'il n'était pas approprié "to entertain the proposed 'no case to answer' motion in the present circumstances",²⁶ soulignant qu'en considération des obligations de la Chambre aux termes de l'article 64 du Statut, "a motion arguing that there is no case to answer, in whole or in part, ought to be entertained only if it appears sufficiently likely to the Chamber that doing so would further the fair and expeditious conduct of the proceedings".²⁷

Saisie par la Défense, la Chambre d'appel a validé la position de la Chambre de première instance. Alors que la Défense alléguait notamment que "the absence of an express provision concerning a no case to answer motion does not confer discre-

²⁴ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Decision on the conduct of proceedings*, ICC-01/04-02/06-619, 2 juin 2015 para. 17.

²⁵ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion*, ICC-01/04-02/06-1931, 1er juin 2017, para. 25.

²⁶ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion*, ICC-01/04-02/06-1931, 1er juin 2017, para. 25.

²⁷ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion*, ICC-01/04-02/06-1931, 1er juin 2017, para. 26.

tion not to hear submissions on the issue”,²⁸ que la Chambre de première instance aurait dû permettre le dépôt de sa requête en application de l’article 64(2) du Statut aux termes duquel les chambres de première instance doivent « veille[r] à ce que le procès soit conduit de façon équitable [...] dans le plein respect des droits de l’accusé »,²⁹ et que “[t]rial chambers at the ICTY, even before the introduction of Rule 98 bis, consistently entertained and decided judgment of acquittal motions under the general authority conferred by Rule 54 of the ICTY Rules” (l’article 64(6) du Statut de Rome conférant la même autorité à la Chambre de première instance),³⁰ la Chambre d’appel a confirmé que la Chambre de première instance “was, in principle, correct in asserting that it had ‘broad discretion’ in deciding whether or not to conduct a ‘no case to answer’ procedure”.³¹

La Chambre d’appel, dans cette décision, a fondé la légitimité de ce pouvoir discrétionnaire sur le caractère unique du système procédural de la Cour, distinct de celui des systèmes de *common law* ou des tribunaux pénaux internationaux, dans lesquels la possibilité de déposer une requête aux fins de no case to answer est « de droit ». Elle a rappelé que

the Court’s legal framework combines elements from the Common Law and Romano-Germanic traditions”, et que “[n]otably, it contains certain fair trial safeguards that are not typically found in

²⁸ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda, Appeal from decision denying leave to file a ‘no case to answer’ motion*, ICC-01/04-02/06-1975, 27 juin 2017, para. 26.

²⁹ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda, Appeal from decision denying leave to file a ‘no case to answer’ motion*, ICC-01/04-02/06-1975, 27 juin 2017, para. 27.

³⁰ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda, Appeal from decision denying leave to file a ‘no case to answer’ motion*, ICC-01/04-02/06-1975, 27 juin 2017, para. 27.

³¹ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the “Decision on Defence request for leave to file a ‘no case to answer’ motion”*, ICC-01/04-02/06-2026 OA6, 5 septembre 2017, para. 46.

Common Law systems, such as the obligation of the Prosecutor to ‘investigate incriminating and exonerating circumstances equally’ under article 54(1)(a) of the Statute, and the need for a Pre-Trial Chamber to ‘determine whether there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person concerned committed each of the crimes charged’ prior to committing the person concerned to trial pursuant to article 61(7) of the Statute.³² Elle en a conclu que

whilst other jurisdictions may strive to protect the rights of the accused through procedures not found in the Court’s legal texts, the latter espouse other safeguards aimed at protecting these rights [... which] ensure, on the whole, that the accused before the Court receive a fair trial. In such circumstances, reference to particular domestic and international systems does not, as such, establish that Mr Ntaganda’s fair trial rights required the Trial Chamber to conduct a ‘no case to answer’ procedure.³³

En somme, la Chambre d’appel a considéré que la possibilité d’une procédure de *no case to answer*, n’est pas nécessaire dans tous les cas à la garantie des droits de l’accusé dans le cadre spécifique du système procédural de la Cour, puisqu’en particulier la phase de procédure qu’est la confirmation des charges —prévue par l’article 61 du Statut— a déjà pour objet de filtrer et d’écarter les dossiers soutenus pas une preuve trop faible pour justifier la mise en cause du suspect et son renvoi en procès, et qu’en conséquence une détermination au cas par cas par les chambres de première instance est légitime. La Chambre de première instance IX, dans l’affaire *Le Procureur c. Dominic Ongwen* a suivi cette jurisprudence, en rejetant une requête de la

³² Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the “Decision on Defence request for leave to file a ‘no case to answer’ motion”*, ICC-01/04-02/06-2026 OA6, 5 septembre 2017, para. 52.

³³ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the “Decision on Defence request for leave to file a ‘no case to answer’ motion”*, ICC-01/04-02/06-2026 OA6, 5 septembre 2017, para. 52.

Défense “*for Leave to File a No Case to Answer Motion*”, et en constatant que

[t]he Court’s legal texts do not explicitly provide for a [no case to answer] procedure, nor does international human rights law necessarily require such a procedure in order to protect the rights of the accused”,³⁴ et qu’ “[a] decision on whether or not to conduct a [no case to answer] procedure is thus discretionary in nature and must be exercised on a case-by-case basis in a manner that ensures that the trial proceedings are fair and expeditious pursuant to Article 64(2) and (3)(a) of the Statute.”³⁵

Le fait même d’un pouvoir discrétionnaire des chambres en la matière prête cependant à discussion, comme source d’atteinte possible au principe d’égalité de traitement des personnes poursuivies. La possibilité pour la Défense de déposer une requête aux fins de no case to answer dépend alors des juges saisis de la procédure, de leurs perceptions personnelles. Cela est particulièrement problématique étant considérée la longueur des procès devant la Cour, qui durent généralement plusieurs années. La Chambre d’appel n’a pas fixé de critères d’appréciation pour les chambres de première instance en la matière. Dans sa décision précitée rendue dans l’affaire Ntaganda, elle a seulement constaté qu’ “[a] Trial Chamber is expected to exercise its discretion bearing in mind the specific circumstances of the case before it”, et que “[t]he Trial Chamber’s reasoning indeed reflects such an assessment, given that it explicitly referred, in general, to the ‘present circumstances’ in the proceedings against Mr Ntaganda”.³⁶

³⁴ Affaire *Le Procureur c. Dominic Ongwen, Decision on Defence Request for Leave to File a No Case to Answer Motion*, ICC-02/04-01/15-1309, 18 juillet 2018, para. 4.

³⁵ Affaire *Le Procureur c. Dominic Ongwen, Decision on Defence Request for Leave to File a No Case to Answer Motion*, ICC-02/04-01/15-1309, 18 juillet 2018, para. 5.

³⁶ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeal of Mr*

La Chambre de première instance I saisie de l'affaire Ali Kushayb semble s'être démarquée de cette jurisprudence par une décision du 10 mars 2023 "on the Defence's application for leave to file a motion for acquittal"³⁷, et avoir opté pour une possibilité «de droit» de la Défense de soumettre une requête aux fins de *no case to answer*. La Défense avait demandé l'autorisation de soumettre une telle requête afin de rechercher un acquittement anticipé sur quatre chefs d'accusation. En faisant droit à cette demande, la Chambre s'est bornée à noter que "despite the Prosecution's assertion that the evidence is strong, [...] these are precisely the questions that need to be discussed and decided upon in a motion for acquittal procedure"³⁸.

Dans cette même décision, la Chambre de première instance I a innové s'agissant des modalités de la conduite de la procédure de *no case to answer*. Alors que dans les affaires Ruto et Sang d'une part, et Gbagbo et Blé Goudé d'autre part, les parties avaient soumis des écritures de plusieurs centaines de pages,³⁹ et les chambres de première instance rendu de longues décisions écrites⁴⁰, ce qui avait entraîné une pause de plusieurs mois dans la

Bosco Ntaganda against the "Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion", ICC-01/04-02/06-2026 OA6, 5 septembre 2017, para. 54.

³⁷ Affaire *Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')*, *Decision on Defence's application for leave to file a motion for acquittal*, ICC-02/05-01/20-900, 10 mars 2023.

³⁸ Affaire *Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')*, *Decision on Defence's application for leave to file a motion for acquittal*, ICC-02/05-01/20-900, 10 mars 2023, para. 10.

³⁹ V. notamment, pour l'affaire Ruto et Sang, les requêtes des équipes de Défense de Ruto et de Sang (respectivement ICC-01/09-01/11-1990-Corr-Red et ICC-01/09-01/11-1991-Red), la réponse du Bureau du Procureur (ICC-01/09-01/11-2000-Red2) et les observations des représentants légaux des victimes (ICC-01/09-01/11-2005-Red) ; pour l'affaire Gbagbo et Blé Goudé, les soumissions des équipes de Défense de Gbagbo et de Blé Goudé (respectivement ICC-02/11-01/15-1199-Corr et ICC-02/11-01/15-1198-Corr-Red) et la réponse du Bureau du Procureur (ICC-02/11-01/15-1207-Anx1-Red2).

⁴⁰ V. la décision rendue par la Chambre de première instance V(a) dans l'affaire Ruto et Sang (ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr, 5 avril 2016). La

procédure, la Chambre de première instance I dans l'affaire Ali Kushayb a limité les soumissions écrites de la Défense, du Bureau du Procureur et des représentants légaux des victimes à 5 pages,⁴¹ et préféré des plaidoiries orales.⁴² La décision de la Chambre rejetant au final la requête aux fins de *no case to answer* a également été rendue oralement, seulement 15 jours après les plaidoiries.⁴³ Alors que la décision de la Chambre de première instance I rejetant la demande de la Défense de Ntaganda de soumettre une requête aux fins de *no case to answer* était notamment motivée par le fait qu' "entertaining such a motion may also entail a lengthy process requiring parties and participants' submissions and evaluation of the evidence by the Chamber, and may thus not necessarily positively affect the expeditiousness of the trial, even if successful in part",⁴⁴ une organisation efficace du déroulé de la procédure de *no case to answer* visant à la célérité et à l'efficacité peut être de nature à rendre concrètement envisageable la possibilité d'une soumission «de droit» de requêtes aux fins de *no case*

Chambre de première instance I, dans l'affaire Gbagbo et Blé Goudé, a rendu une décision orale, puis délivré les motifs de sa décision par écrit (V. les opinions des juges Tarfusser et Henderson et l'opinion dissidente de la juge Herrera Carbuca en annexe aux *Reasons for oral decision of 15 January 2019 on the Requête de la Défense de Laurent Gbagbo* afin qu'un jugement d'acquiescement de toutes les charges soit prononcé en faveur de Laurent Gbagbo et que sa mise en liberté immédiate soit ordonnée, *and on the Blé Goudé Defence no case to answer motion* (ICC-02/11-01/15-1263, 16 juillet 2019).

⁴¹ Affaire *Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')*, *Decision on Defence's application for leave to file a motion for acquittal*, ICC-02/05-01/20-900, 10 mars *Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')*, *Decision on Defence's application for leave to file a motion for acquittal*, 2023, para. 13.

⁴² V. Affaire ICC-02/05-01/20-900, 10 mars 2023, para. 16 ; ICC-02/05-01/20-T-114-Red-FRA et ICC-02/05-01/20-T-115-Red-FRA (audiences des 3 et 4 avril 2023).

⁴³ V. ICC-02/05-01/20-T-116-Red-FRA (audience du 19 avril 2023).

⁴⁴ Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion*, ICC-01/04-02/06-1931, 1er juin 2017, para. 26.

to answer, non subordonnée à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire des Chambres.

III – LA QUESTION DES PRINCIPES DE DETERMINATION EN MATIERE DE *NO CASE TO ANSWER* (LA DEFINITION PAR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DU “*STANDARD OF REVIEW*”)

La question des critères de décision en matière de *no case to answer* et du niveau d'analyse de la preuve à laquelle le juge doit procéder a fait débat s'agissant de la mise en œuvre de cette procédure par les juridictions pénales internationales.

Dans les systèmes de *common law*, le rôle du juge, dans le procès criminel, est limité à l'arbitrage des débats et à la garantie de l'équité du procès. Alors que le jury a la fonction d'évaluer la preuve et de décider si l'accusé est coupable ou non, l'intervention du juge dans la procédure de *no case to answer* se limite à déterminer si un jury raisonnable (“a reasonable trier of fact”) pourrait condamner sur la base de la preuve produite par le Procureur.⁴⁵ Dans le cadre des juridictions pénales internationales

⁴⁵ V. à cet égard l'arrêt *R. v. Galbraith* de la Court of Appeal of England and Wales, qui est la référence principale en jurisprudence britannique :

“(1) If there is no evidence that the crime alleged has been committed by the defendant, there is no difficulty – the judge will stop the case.

(2) The difficulty arises where there is some evidence but it is of a tenuous character, for example because of inherent weakness or vagueness or because it is inconsistent with other evidence.

(a) Where the judge comes to the conclusion that the prosecution's evidence, taken at its highest, is such that a jury properly directed could not properly convict upon it, it is his duty, upon a submission being made, to stop the case.

(b) Where however the prosecution evidence is such that its strength or weakness depends on the view to be taken of a witness's reliability or other matters which are generally speaking within the province of the jury and where on one possible view of the facts there is evidence upon which a jury could properly come to the conclusion that the defendant is guilty, then the judge should allow the matter to be tried by the jury”. V. aussi la Règle 25.9(2)(e) des Criminal

les en revanche, le juge remplit à la fois les fonctions du juge et du jury des systèmes de *common law*. Dès lors il peut sembler incohérent qu’il soit empêché de procéder à une analyse beaucoup plus approfondie de la force probante de la preuve à charge, puisque de toute manière c’est le même juge qui doit apprécier cette même preuve à l’issue du procès, et qu’il doit être attendu du Procureur qu’il ait prouvé la culpabilité de l’accusé au-delà de tout doute raisonnable à l’issue de sa phase de présentation de la preuve.

La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux a adopté des principes de détermination en matière de procédure de *no case to answer* proches de ceux des systèmes de *common law*. La Chambre d’appel du Tribunal Pénal International pour l’ex-Yougoslavie dans l’affaire *Le Procureur c. Goran JELISIĆ*, dans un arrêt qui a fait référence, a déterminé le “standard” applicable comme étant “whether there is evidence (if accepted) upon which a reasonable tribunal of fact could convict – that is to say, evidence (if accepted) upon which a reasonable tribunal of fact could be satisfied beyond reasonable doubt of the guilt of the accused on the particular charge in question”.⁴⁶ La Chambre de première instance saisie de l’affaire KORDIĆ et CERKEČ (dans une décision qui a également fait jurisprudence) a précisé qu’en principe

the Chamber would not consider questions of credibility and reliability in dealing with a motion under Rule 98 bis, leaving those matters to the end of the case”⁴⁷, mais que “there is one situation

Procedure Rules: “[A]t the end of the prosecution evidence, on the defendant’s application or on its own initiative, the court – (i) may direct the jury [...] to acquit on the ground that the prosecution evidence is insufficient for any reasonable court properly to convict, but (ii) must not do so unless the prosecutor has had an opportunity to make representations”.

⁴⁶ Affaire *Le Procureur c. Goran JELISIĆ*, Judgement, IT-95-10-A, 5 juillet 2001, para. 36.

⁴⁷ Affaire *Le Procureur c. Dario KORDIĆ et Mario ČERKEZ*, *Decision on Defence Motions for Judgement of Acquittal*, IT-95-14/2-T, 6 avril 2000, para. 28.

in which the Chamber is obliged to consider such matters; it is where the Prosecution's case has completely broken down, either on its own presentation, or as a result of such fundamental questions being raised through cross examination as to the reliability and credibility of witnesses that the Prosecution is left without a case.⁴⁸

Certains juges du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ont cependant considéré approprié que le juge puisse procéder à une analyse plus approfondie de la crédibilité et de la fiabilité de la preuve, le juge étant, à la différence de la situation de celui des systèmes de *common law*, également appelé à se prononcer sur la preuve in fine, à l'issue du procès. Le juge Pocar a avancé que

[i]n this International Tribunal [...], there is no jury : the judges are the final arbiters of the evidence. There is no point in leaving open the possibility that another trier of fact could come to a different conclusion if the Trial Chamber itself is convinced of its own assessment of the case. Therefore, if at the close of the prosecution case, the judges themselves are convinced that the evidence is insufficient, then the Chamber must acquit".⁴⁹ Le juge Robinson a également souligné que "the composition of Benches at the Tribunal is different [que dans les juridictions de common law] ; it is in fact closer to the civil-law system in that there is no jury, and trials take place before a Bench of three Judges, performing the dual function of tribunal of law and tribunal of fact. These Judges can assess the evidence to determine what items could lawfully sustain a conviction".⁵⁰

⁴⁸ Affaire *Le Procureur c. Dario KORDIĆ et Mario ČERKEZ*, *Decision on Defence Motions for Judgement of Acquittal*, IT-95-14/2-T, 6 avril 2000, para. 28.

⁴⁹ Affaire *Le Procureur c. Goran JELISIĆ*, *Judgement*, IT-95-10-A, 5 juillet 2001, Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 6.

⁵⁰ Robinson, P., *Rough Edges in the Alignment of Legal Systems in the Proceedings of the ICTY*, *Journal of International Criminal Justice* (2005), Vol. 3, p. 1048.

C'est dans ce contexte que les juges de la Cour pénale internationale ont défini les principes applicables en matière de procédure de *no case to answer*. La Chambre de première instance V(a), qui a donc introduit cette procédure dans le droit de la Cour, a décidé que

[a]s an initial point, a distinction needs to be made between the determination made at the halfway stage of the trial, and the ultimate decision on the guilt of the accused to be made at the end of the case [...]. Whereas the latter test is whether there is evidence which satisfies the Chamber beyond reasonable doubt of the guilt of the accused [...] the Chamber recalls that the objective of the 'no case to answer' assessment is to ascertain whether the Prosecution has lead sufficient evidence to necessitate a defence case, failing which the accused is to be acquitted on one or more counts before commencing that stage of the trial.⁵¹

La Chambre a donc conclu que

the test to be applied for a 'no case to answer' determination is whether or not, on the basis of a prima facie assessment of the evidence, there is a case, in the sense of whether there is sufficient evidence introduced on which, if accepted, a reasonable Trial Chamber could convict the accused. The emphasis is on the word 'could' and the exercise is thus not one which assesses the evidence to the standard for a conviction at the final stage of trial.⁵²

Sur le point du niveau de l'analyse de la preuve, la Chambre a précisé que

⁵¹ *Affaire Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang, Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on 'No Case to Answer' Motions)*, ICC-01/09-01/11-1334, 3 juin 2014, para. 23.

⁵² *Affaire Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang, Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on 'No Case to Answer' Motions)*, ICC-01/09-01/11-1334, 3 juin 2014, para. 23.

[t]he determination of a ‘no case to answer’ motion does not entail an evaluation of the strength of the evidence presented, especially as regards exhaustive questions of credibility and reliability [...] Such matters —which go to the strength of evidence rather than its existence— are to be weighed in the final deliberations in light of the evidence presented [...]”.⁵³

La Chambre d’appel, dans son arrêt rendu dans l’affaire Gbagbo et Blé Goudé “in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions”, s’est démarquée des principes de la procédure de no case to answer des systèmes de common law, ainsi que de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, et de la position adoptée par la Chambre de première instance V(a) dans sa *Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on ‘No Case to Answer’ Motions)*. Elle a tiré les conséquences de l’absence de jury (et du fait que la Chambre de première instance est dans tous les cas amenée à évaluer la preuve dans le cours de la procédure pour décider sur la culpabilité de l’accusé) pour décider que la Chambre de première instance, au stade de la procédure de *no case to answer*, “is not precluded from sensibly weighing credibility and reliability of the evidence thus far presented, in order to satisfy the applicable standard of proof”,⁵⁴ et qu’“it is only when the evidence has satisfied the standard of proof beyond reasonable doubt that it can be said to have been ‘sufficient to sustain

⁵³ Affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, *Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on ‘No Case to Answer’ Motions)*, ICC-01/09-01/11-1334, 3 juin 2014, para. 24.

⁵⁴ Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, *Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021, para. 312. La traduction française de l’arrêt de la Chambre énonce que «[d]ans le contexte de l’évaluation des éléments de preuve aux fins de l’examen d’une requête en insuffisance des moyens à charge, rien n’interdit à une chambre de première instance de soupeser judicieusement la crédibilité et la fiabilité des preuves présentées jusqu’alors, afin de déterminer s’il est satisfait aux normes applicables » (souligné par l’auteur) (ICC-02/11-01/15-1400-tFRA, para. 312).

a conviction’, or ‘capable of supporting a conviction’; or evidence upon which ‘a jury properly directed [...] could convict’ or evidence upon which ‘a jury properly directed could [...] properly convict.’ Nothing less would do”.⁵⁵

La Chambre a précisé que la preuve de l’Accusation doit être considérée “at its best light – in the sense of being undistracted, unobstructed or unopposed for the time being by evidence introduced on behalf of the defence”, ce qui ne signifie pas que “the prosecution evidence must be taken at face value or be presumed to have satisfied its forensic objective”.⁵⁶ Le juge doit borner son analyse à considérer la force probante de la preuve que le Procureur a produite “rather than focusing on the strength of any evidence that the defence might have introduced at that stage to neutralize the strength of the prosecution evidence”.⁵⁷ Si la preuve soumise par la Défense au cours de la phase de présentation de la preuve du Procureur peut être prise en considération (y compris les faiblesses de la preuve à charge mises en évidence par le contre-interrogatoire des témoins de l’Accusation),⁵⁸ “the benefit of any doubt should be given to that presented by the prosecution”.⁵⁹

La Chambre de première instance I, dans l’affaire Ali Kushayb, a suivi la jurisprudence de la Chambre d’appel dans sa

⁵⁵ Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé, Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021, para. 309.

⁵⁶ Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé, Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021, para. 317.

⁵⁷ Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé, Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021, para. 317.

⁵⁸ Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé, Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021, para. 317.

⁵⁹ Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé, Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021, para. 317.

décision orale du 19 avril 2023 sur la requête de la Défense aux fins de “judgment of acquittal”⁶⁰ (ou *no case to answer*).

Il est encore tôt pour déterminer si cette jurisprudence sera confirmée par les décisions futures de la Chambre d’appel.

Sa première conséquence est que le dépôt d’une requête aux fins de *no case to answer* devient périlleux pour la Défense. En effet, puisque la Chambre de première instance peut « soupeser judicieusement la crédibilité et la fiabilité de la preuve présentée jusqu’alors »⁶¹ et considérer la preuve à décharge élicitée ou produite par la Défense (tout en donnant le bénéfice du doute à la preuve de l’Accusation), le processus décisionnel revient, dès ce stade intermédiaire du procès, pour la Chambre de première instance à déterminer —ou à peu de choses près— si elle condamnerait ou non l’accusé sur la base de la preuve produite par le Procureur.⁶² En cas de rejet de la requête, la Défense devra produire sa preuve face à une chambre s’étant déjà formé une conviction (laquelle pourra naturellement être éventuellement retournée par la preuve soumise par la Défense au cours de la phase de présentation de ses moyens de preuve, si elle parvient à susciter un doute raisonnable). En cas de rejet de sa requête, la Défense aura également déjà exposé ses lignes de défense et ses arguments, ce qui donnera un avantage au Procureur dans la suite du procès.

Ensuite, le procès a une légitimité à aller à son terme en

⁶⁰ ICC-02/05-01/20-T-116-Red-FRA, pp. 7-8.

⁶¹ Selon les termes de la traduction française de la décision précitée rendue par la Chambre d’appel dans l’affaire Gbagbo et Blé Goudé (ICC-02/11-01/15-1400-tFRA, para. 312).

⁶² Et cela même si la Chambre d’appel a pris la précaution de préciser qu’elle “encourages trial chambers to exercise great care and circumspection in their pronouncements regarding findings on credibility and reliability of the evidence, in order to avoid undue awkwardness in the event that the trial may have to continue before the same composition of the trial chamber” (Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé, Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021, para. 316.

considération des caractères particuliers du système procédural de la Cour. D'une part, la preuve du Procureur a déjà été évaluée au cours de la phase de confirmation des charges comme étant suffisamment solide pour que la personne mise en cause soit renvoyée en procès (naturellement, la preuve au procès diffère nécessairement de celle soumise au cours de la confirmation des charges, puisque notamment les témoins peuvent diverger des déclarations qu'ils ont fait au stade de l'enquête). D'autre part, le procès dans la procédure de la Cour n'est pas absolument binaire puisque la preuve à charge ne se limite pas à celle produite au cours de la phase de présentation de ses moyens de preuve par le Procureur : le contre-interrogatoire des témoins de la Défense, et la soumission d'éléments de preuve documentaires dans le cadre de ces contre-interrogatoires, peuvent renforcer le dossier à charge.

IV – CONCLUSION

Il est prématuré de déterminer si la jurisprudence actuelle de la Cour en matière de *no case to answer* sera confirmée. Une cristallisation des principes en la matière (notamment s'agissant des modalités du recours – soit sur autorisation discrétionnaire de la Chambre de première instance, soit « de droit ») sera dans l'intérêt de la sécurité juridique et de l'égalité de traitement des personnes poursuivies.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Cour Pénale Internationale, *Règlement de procédure et de preuve*, ICC-PIOS-LT-02-004/19_Fra, 2019.
- Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, *Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on 'No Case to Answer' Motions)*, ICC-01/09-01/11-1334, 3 juin 2014.
- Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, *decision on defence applications for judgments of acquittal*, ICC-01/09-01/11-2027-Red, 5 avril 2016.
- Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the "Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion"*, ICC-01/04-02/06-2026 OA6, 5 septembre 2014.
- Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Decision on the conduct of the proceedings*, ICC-01/04-02/06-619, 2 juin 2015.
- Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion*, ICC-01/04-02/06-1931, 1er juin 2017, para. 26.
- Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Appeal from decision denying leave to file a 'no case to answer' motion*, ICC-01/04-02/06-1975, 27 juin 2017, para. 26.
- Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the "Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion"*, ICC-01/04-02/06-2026 OA6, 5 septembre 2017.

Cour Pénale Internationale, Décision rendue par la Chambre de première instance IX, “*on Defence Observations on the Preliminary Directions for any LRV or Defence Evidence Presentation and Request for Guidance on Procedure for No-Case-to-Answer Motion*”, ICC-02/04-01/15-1074, 16 novembre 2017.

Cour Pénale Internationale, Décision rendue par la Chambre de première instance II “*on the Defence application for leave to file a motion for acquittal*”, ICC-02/05-01/20-900, 10 mars 2023.

Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, *Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021.

Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, *Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I’s decision on the no case to answer motions*, ICC-02/11-01/15-1400, 31 mars 2021.

Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006*, ICC-01/04-01/06-772, 14 décembre 2006.

Cour Pénale Internationale, Décision rendue par la Chambre de première instance I, Affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, “*on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008*”, ICC-01/04-01/06-1401, 13 juin 2008.

- Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, *Decision on Defence Request for Leave to File a No Case to Answer Motion*, ICC-02/04-01/15-1309, 18 juillet 2018.
- Cour Pénale Internationale, Affaire *Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')*, *Cour Pénale Internationale, Decision on Defence's application for leave to file a motion for acquittal*, ICC-02/05-01/20-900, 10 mars 2023.
- Cour Pénale Internationale, Décision rendue par la Chambre de première instance V(a), Affaire Ruto et Sang, ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr, 5 avril 2016.
- Court of Appeal of England and Wales*, Arrêt *R. v. GALBRAITH*
- Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire *Le Procureur c. Goran JELISIĆ*, *Judgement*, IT-95-10-A, 5 juillet 2001.
- Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, *decision on defence motions for judgement of acquittal*, IT-95-14/2-T, 6 avril 2000.
- Robinson, P., *Rough edges in the alignment of legal systems in the proceedings of the ICTY*, *Journal of International Criminal Justice* (2005).

LA PRUEBA CONFESIONAL Y DECLARACION DE PARTE EN EL NUEVO CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

JORGE HUMBERTO PLANTILLAS GARCÍA*

En el ámbito local, la prueba confesional y declaración de parte se encuentran reguladas en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California en su título sexto, capítulo V, sección II denominada “De la confesión y declaración de las partes”. Ahora bien, el pasado 7 de junio del año en curso se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el decreto por el que se expide el Nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.¹ Dicho ordenamiento tiene como objetivo principal el establecimiento de procedimientos homologados a lo largo del territorio nacional para dirimir controversias del orden civil y familiar como lo establece en su exposición de motivos.

Actualmente, el nacimiento de la norma jurídica en mención cobra relevancia entre los estudiosos del derecho, toda vez que promete priorizar la oralidad, el uso de los medios electrónicos, así como el efectivo cumplimiento de los principios de equidad, celeridad, justicia pronta y expedita, economía procesal, respeto irrestricto a los derechos humanos, por mencionar algunos. Además, se suprime la prueba confesional y subsiste la declaración de partes, materia de nuestro análisis.

* Catedrático de la Facultad de Derecho Mexicali de la UABC. Catedrático de la Facultad de Derecho Mexicali Universidad Xochicalco. Académico en diversas universidades a nivel licenciatura y maestría. Maestro en Ciencias Jurídicas y Administración Pública, ambos por la UABC. Secretario de Acuerdos en el Juzgado 7o. Civil del Partido Judicial de Mexicali.

¹ Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de junio de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5691385&fecha=07/06/2023#gsc.tab=0

DE LA CONFESIONAL

En primer término, es importante realizar ciertas precisiones, hay que evitar confundir la confesión, con la prueba confesional, pues la prueba confesional es el medio para lograr la confesión, y esta última es el reconocimiento de hechos propios. La confesión puede ser provocada y espontánea; para lograr la primera se debe realizar un interrogatorio que formalmente se le denominan posiciones, éstas son un medio para provocar que la parte contraria confiese, en síntesis, la confesional no es una prueba sino el medio para obtenerla. Como se mencionó en el párrafo anterior, la confesión más conocida es la que se produce cuando se desahoga la prueba confesional a cargo de una de las partes. El desahogo de una confesión tiene como base primordial las posiciones que se formulen. (Aguilar Domínguez, 2023).²

Históricamente, el medio probatorio de confesión se ha considerado “la madre de todas las pruebas”, ello al tener en cuenta que las partes son quienes tienen mayor conocimiento de los hechos materia del litigio, y es el juez quien debe otorgar valor probatorio en mayor o menor medida, en razón del convencimiento obtenido de la declaración rendida. Capelletti afirma que “la parte es el sujeto mejor informado del caso en concreto se debe examinar. De ahí la inderogable necesidad que en todos los ordenamientos civiles existe, de utilizar a la parte como fuente de prueba.”³

² Aguilar Domínguez, Alexis, “La problemática de la confesión realizada fuera de la etapa de desahogo de pruebas en los Juicios Mercantiles”. *Scielo*, vol. 8, núm. 23 (2023) https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-51362023000100015

³ Sanabria Rodríguez, David, “La declaración de la propia parte. Análisis comparado acerca de las dificultades y ventajas que pueden ser tenidas en cuenta si se le considera como medio de prueba autónomo”. Universidad Externado de Colombia, 2020. <https://bdigital.uxternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2454d452-1a96-4bf1-9f63-e3697afc5ab3/content>

La confesión constituye un medio de prueba que se caracteriza principalmente por dos elementos fundamentales: la voluntad y la capacidad de los absolventes. Haciendo alusión al primer rasgo, la misma emana de la naturaleza jurídica de su desahogo, dado que al ser las partes las interesadas en el resultado del juicio, tácitamente o expresamente reconocen sus acciones u omisiones, según sea el caso. Por cuanto hace al segundo punto el cual guarda relación con el primero, la legislación contempla la comparecencia de las partes para el desahogo de la probanza en mención por medio de tres figuras jurídicas: la presentación personal de las partes o por medio de sus representantes cuando encuadre en los supuestos señalados por la ley de la materia, y/o la absolución de posiciones por oficio siempre que se trate de funcionarios públicos que por razón de sus funciones no puedan comparecer al desahogo ante el juzgador.

En nuestro sistema jurídico, por lo menos a nivel local, la confesión se manifiesta de dos maneras principalmente ya sea de forma expresa o por medio del mecanismo tradicional a través del sometimiento a una serie de preguntas denominadas posiciones. Haciendo alusión a la confesión expresa, la misma se manifiesta cuando las partes en el juicio, hasta antes de la citación para sentencia, aceptan la realización u omisión de un determinado hecho, por ejemplo, cuando el actor en el escrito de demanda manifiesta que ha omitido pagar una mensualidad de un crédito en deuda.

Por otra parte, al referirnos a la confesional como el método de preguntas, el Código de Procedimientos para Estado de Baja California en su artículo 304, fracción I establece que las partes tienen la obligación de comparecer al desahogo de dicha probanza.⁴ Esto es, el juzgador bajo el principio de inmediación valorará las posiciones formuladas por la parte oferente, así como las

⁴ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California, https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Leyes/TOMO_IV/30112018_CODIPROCI.PDF (consultada el 10 de diciembre de 2023).

respuestas obtenidas de la declaración rendida por el absolvente. De lo anterior se desprende el objeto de la misma, siendo el esclarecimiento de los hechos rendidos en virtud de una serie de preguntas realizadas por la parte oferente de la prueba, por regla general, cobrando mayor importancia la respuesta del absolvente que perjudica al mismo, esto es, la declaración que menos le favorezca.

El juzgador es el encargado de analizar que el desahogo de la confesión se haya realizado conforme a derecho, respetando lo establecido en la legislación civil aplicable, es quien intervendrá en el supuesto de que alguna de las partes realice lo contrario. De manera que le otorgará valor probatorio a la misma en virtud de las posiciones realizadas, la declaración rendida, así como la apreciación obtenida. Según la opinión de Muñante Sánchez, “el Juez para su decisión judicial, tiene que haberse formado una convicción de certeza, basado en la prueba aportada por las partes al proceso. Implica que en el proceso los hechos son los elementos que componen la pretensión y que no debe admitirse una decisión que no tenga fundamentos en tales hechos”.⁵

Por otro lado, resulta imprescindible mencionar que en la actualidad las malas prácticas han viciado la naturaleza del desahogo de la prueba en mención. Es habitual que los litigantes aleccionen a los absolventes, con el objetivo de que se apeguen a los hechos narrados en su escrito inicial, dejando de lado si los mismos resultan falsos o exagerados, evidenciando un interés directo respecto del resultado final del conflicto. Cedeño Yanes considera que “dicha probanza no es inútil para acreditar hechos de demanda o contestación, sino que nos encontramos ante un

⁵ Muñante Sánchez, Johanna Ellyde, “Aspectos de la carga probatoria en el proceso civil”. *Revista jurídica* del Instituto Peruano de Estudios Forenses, núm. 77 (2018) <https://librejur.info/index.php/revistajuridica/article/download/21/25>

mal manejo de dicho medio de prueba.”⁶ Bajo esa tendencia, queda clara la importancia del desahogo de la prueba confesional dentro de todo proceso, pues su principal objetivo es conocer la verdad de los hechos por medio de declaraciones de las partes afectadas en mayor o menor medida por la acción u omisión de una determinada conducta; sin embargo, las partes son las responsables de que la misma sea considerada como una figura con menor valor probatorio.

A manera de complemento a lo anterior, Morales y Charpentier consideran que “actualmente, cuando las partes concurren a las audiencias de absolución de posiciones, generalmente llegan muy preparadas para responder, de modo tal que no cometan errores en sus respuestas, de esta forma, no es mucha la información que esta prueba entrega al tribunal. Alguna doctrina ve en la confesión un acto de disposición, un negocio jurídico procesal, y por ello se critica su escasa utilidad como medio de prueba, si la parte no quiere disponer de su derecho, no se obtiene nada a través de la citación a absolver posiciones”.⁷

Para el Nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles de prueba “confesional” pasa a formar parte de los antecedentes, subsistiendo la “declaración de parte propia y contraria” como un elemento con mayor convicción para el juzgador. Esto provoca que debe ajustarse a las necesidades de la sociedad contemporánea, de ampliar este medio de prueba ofrecido por las par-

⁶ Cedeño Yanes, Aura Lisseth, “La confesión judicial de cara a la reforma procesal laboral”. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, núm. 125 (2018): 195, <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/Licda.%20Aura%20Lisseth%20Cedeno%20Yanes.pdf#page31>

⁷ Morales, Francia y Javiera Charpentier, “Confesión y declaración de parte en el proceso civil chileno: análisis de la situación actual y de sus proyecciones”. Tesis. Universidad de Chile, 2019. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/168130/Confesión-y-declaración-de-parte-en-el-proceso-civil-chileno-análisis-de-la-situación-actual-y-sus-proyecciones.pdf?sequence=1&i.sAllowed=y#page65>

tes, permitiendo un interrogatorio libre de las partes y hasta de la iniciativa del mismo tribunal.⁸

Por fin dejamos atrás la equivocada práctica del sistema tradicional mexicano dirigida a probar la mal llamada “verdad histórica”, una verdad que al final se conseguía probar dentro del expediente en el juicio conforme a todo lo actuado y las pruebas producidas, no obstante que no se asemejara a la realidad de los hechos acontecidos. (Hernández-Villegas, 2018, p. 25).⁹

DE LA DECLARACIÓN DE PARTE PROPIA Y CONTRARIA

La declaración de parte trae consigo una revolución al caudal probatorio que se concebía hasta hace algunos años, puesto que se trata de una inserción innovadora en comparación con el sistema tradicional en específico de la tan aludida prueba confesional y bajo la nueva concepción, “continuar como hasta ahora es persistir en un ritualismo, es decir, un teatro de pésima calidad escénica sin ningún fondo, que haga que rituariamente desfilen ante el tribunal partes y testigos para que todo el mundo se sienta absurdamente satisfecho porque se ha hecho lo tradicional-

⁸ Fallas Carvajal, María Angélica, “El medio de prueba la declaración de parte”. Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, núm. 13 (2021): 193, https://cdn.fbsbx.com/v/t59.2708-21/409693146_2237165323144209_4714776156888999090_n.pdf/el-medio-de-prueba-fallas-2.pdf?_nc_cat=107&ccb=1-7&_nc_sid=2b0e22&_nc_eui2=AeHCvm5RGXnhx2Q0mJ5Xw10-jrjwjB-AIVOOuPCMH4AhU3FCfStp7S0QM3yraiW DnwizkSlaqFGDDuztcKCXmotu&_nc_ohc=xoEnn2fZH_kAX8MKGs&_nc_ht=cdn.fbsbx.com&oh=03_AdSuyMmo2Sb41u8hKE4g0SoYrgxS8aInntMÖnnf5vjeHPw&oe=65796F0D&dl=1

⁹ Hernández-Villegas, Enrique A., “La prueba confesional en el juicio oral mercantil”. La barra 106, (2018). <https://scl.mx/wp-content/uploads/2019/01/La-Barra-106.pdf>

mente correcto, lo cual no es sino una falacia ad antiquitatem”.¹⁰

La motivación de reestructurar los medios probatorios dentro del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, surge a raíz de la implementación de diversos principios rectores previstos en el Artículo 7, por mencionar algunos: concentración, continuidad, contradicción, inmediatez, publicidad y oralidad, destacando este último como el principio rector para la transición de llevar a cabo el mejoramiento del sistema judicial en la impartición de justicia.

El interrogatorio realizado de forma libre y espontánea, se ha concebido como un medio de prueba que aporta elementos de convicción con los que se puede llegar a conocer con cierto detalle los hechos controvertidos, razón por la cual, el presente análisis constituye sólo un punto de partida para un artículo en forma, que se desarrollará en lo futuro.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Domínguez, Alexis, “La problemática de la confesión realizada fuera de la etapa de desahogo de pruebas en los Juicios Mercantiles”. *Scielo*, vol. 8, núm. 23 (2023) https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-51362023000100015

Banacloche Palao, Julio y Cubillo López, Ignacio José, *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*. 5ta. Madrid: La Ley Soluciones Legales, S.A., 2023. https://www.marcialpons.es/media/pdf/publication_fwQCRzP.pdf

¹⁰ Nieva Fenoll, Jordi, “La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)”. *Revista Ius et Praxis* 3 (2020): 157-171. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v26n3/0718-0012-iusetp-26-03-157.pdf>

- Castaño Salazar, Juan José, “La simple declaración de parte como medio de prueba en el proceso civil en Colombia”. Trabajo fin de grado, Universidad Eafit, 2021. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/30536/JuanJose_Casta%C3%B1oSalazar_2021.pdf?sequence=2
- Cedeño Yanes, Aura Lisseth, “La confesión judicial de cara a la reforma procesal laboral”. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, núm. 125 (2018): 195, <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/Licda.%20Aura%20Lisseth%20Cedeno%20Yanes.pdf#page31>
- Del Pozo de la Fuente, Noelia, “El interrogatorio de las partes. la adaptación de un medio de prueba al siglo XXI”. Trabajo fin de master, Universidad de León. 2021, <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/13214/POZO%20DE%20LA%20FUENTE,%20Noelia%20del.pdf?sequence=1>
- Fallas Carbajal, María Angélica, “El medio de prueba la declaración de parte”. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, núm. 13 (2021): 193, https://cdn.fbsbx.com/v/t59.2708-21/409693146_2237165323144209_4714776156888999090_n.pdf/el-medio-de-prueba-fallas-2.pdf?_nc_cat=107&ccb=1-7&_nc_sid=2b0e22&_nc_eui2=AeHCvm5RGXnhx2Q0mJ5Xw10-jrjwjBAIOOuPCMH4AhU3FCfStp7S0QM3yraiWDnwizk-SlaqFGDDuztcKCXmotu&_nc_ohc=xoEnn2fZH_kAX8MKGs&_nc_ht=cdn.fbsbx.com&oh=03_AdSuyMmo2Sb41u8hKE4g0SoYrgxS8a1nntMOnnf5vjeHPw&oe=65796F0D&dl=1
- Fernández Herrero, Cristina, “Estudio jurídico del interrogatorio de las partes en el proceso civil: consideraciones generales y aspectos procedimentales”. Trabajo fin de grado, Universidad de Chile, 2019. <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/10042/Fern%20Indez%20Herrero,%20>

- Cristina.pdf;jsessionid=D92EF0B769ECE96F469F8D93E823209C?sequence=1
- González Jaramillo, José Luis, “La declaración de parte en el sistema procesal civil colombiano”. *Diálogos de derecho y política* 21 (2018): 7-23. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/336599/20791960>
- Hernández-Villegas, Enrique A. “La prueba confesional en el juicio oral mercantil”. *La barra* 106, (2018). <https://scl.mx/wp-content/uploads/2019/01/La-Barra-106.pdf>
- Henríquez del Canto, Valentina Alejandra, “Declaración de parte en el procedimiento ordinario de familia”. Tesis. Universidad de Chile, 2021. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/178729/Declaracion-de-parte-en-el-procedimiento-ordinario-de-familia.pdf?sequence=1#page33>
- Morales, Francia y Javiera Charpentier, “Confesión y declaración de parte en el proceso civil chileno: análisis de la situación actual y de sus proyecciones”. Tesis. Universidad de Chile, 2019. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/168130/Confesión-y-declaración-de-parte-en-el-proceso-civil-chileno-análisis-de-la-situación-actual-y-sus-proyecciones.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page65>
- Muñante Sánchez, Johanna Ellyde, “Aspectos de la carga probatoria en el proceso civil”. *Revista jurídica* del Instituto Peruano de Estudios Forenses, núm. 77 (2018) <https://librejur.info/index.php/revistajuridica/article/download/21/25>
- Sanabria Rodríguez, David, “La declaración de la propia parte. Análisis comparado acerca de las dificultades y ventajas que pueden ser tenidas en cuenta si se le considera como medio de prueba autónomo”. Universidad Externado de Colombia, 2020. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2454d452-1a96-4bf1-9f63-e3697afc5ab3/content>
- Sanabrina Villamizar, Ronald Jesús y Jiménez Escalante, Jessica Tatiana, “La declaración de parte como medio de prueba en el derecho procesal civil iberoamericano. Aportes para su

- estudio en el código general del proceso colombiano”. *Academia y Derecho*. 16 (2018): 67-102. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/5979>
- Nieva Fenoll, Jordi, “La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)”. *Revista Ius et Praxis* 3 (2020): 157-171. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v26n3/0718-0012-iusetp-26-03-157.pdf>
- Obando Pinzón, Linden Yohana, “La verdad probatoria y su aplicabilidad en el medio de la declaración de parte: un problema epistemológico”. Trabajo fin de grado, Universidad Católica de Colombia, 2021. <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/dd97775f-8128-41a2-8128-6b5e05274caa/content>
- Picardo González, Sebastián, “El interrogatorio de parte en el proceso civil”. *Revista de Derecho*. 22 (2023): 83-98. <https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/1156/1482>

FUENTES NORMATIVAS

- Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de junio de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5691385&fecha=07/06/2023#gsc.tab=0
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California, https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Leyes/TOMO_IV/30112018_CODIPROCI.PDF (consultada el 10 de diciembre de 2023).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TEMA DE LEGÍTIMA DEFENSA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

MARINA DEL PILAR OLMEDA GARCÍA*

En la búsqueda realizada sobre precedentes judiciales en materia de legítima defensa y perspectiva de género se encontraron dos tesis aisladas de Tribunales Colegiados de Circuito, que son orientadoras para la determinación de criterios en la interpretación de la norma penal en esta materia. Estas Tesis recomiendan considerar la importancia de valorar en las situaciones de violencia de género, la necesidad de aplicar esta perspectiva de género. En efecto, se trata de que el juzgador tome la decisión más justa en razón de los hechos y las circunstancias, para evitar la revictimización de las mujeres que resultan indiciadas en delitos en el que actuaron en su defensa o incluso otra persona actúa en defensa de ellas. Se transcriben a continuación las Tesis de referencia:

Registro digital: 2025123

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Undécima Época

Materias(s): Constitucional, Penal

Tesis: II.4o.P.39 P (10a.)

Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 16, agosto de 2022, Tomo V, página 4481

Tipo: Aislada

* Profesora-investigadora de la Facultad de Derecho-Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Doctora en Educación por la Universidad Iberoamericana y Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Perfil PRODEP e integrante del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) nivel II. Con alta producción de libros, capítulos de libros y artículos científicos. Integrante de importantes redes de colaboración en la ciencia jurídica. ORCID 0000-0002-3953-0338. marina_o@uabc.edu.mx.

Perspectiva de género y legítima defensa. La armonización entre ambas figuras puede determinar si está justificada la intervención de una persona que actúa en defensa de una mujer en situación de violencia

Hechos: El quejoso promovió juicio de amparo directo contra la sentencia dictada en su contra por el delito de homicidio con ventaja; argumenta que se actualizó la figura de exceso en la legítima defensa, porque utilizó un objeto punzocortante para privar de la vida a una persona que estaba ejecutando actos de violencia contra una mujer; sin embargo, el medio empleado no era racional ni proporcional para hacer cesar la agresión.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que en aquellos casos en que una persona actúe en defensa de una mujer que padece actos de violencia, se deben armonizar las figuras de perspectiva de género y legítima defensa para determinar si está justificada la intervención defensiva.

Justificación: Las autoridades del Estado Mexicano, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben adoptar todas las medidas que sean necesarias para prevenir y combatir la violencia de género. Así pues, tomando en consideración el contexto de violencia que impera en nuestro país, sería justificado que cualquier persona que sea testigo de una agresión hacia una mujer intervenga para hacerla cesar, siempre que esa intervención sea necesaria y racional para repelerla. Estimar lo contrario, pudiera tener por efecto permitir que se normalice la violencia de género, pues al no ser permisible —o hasta cierto punto exigible— que se actúe en defensa de una mujer en situación de peligro, implicaría permanecer indiferentes ante un estado de violencia generalizada hacia las mujeres. Desde este enfoque, la legítima defensa sería una figura útil para justificar la intervención de una persona cuando actúa en defensa de una mujer que enfrenta una situación de violencia. Por ello, en este tipo de casos, la legítima defensa debe analizarse a la luz de los criterios de perspectiva de género, pues la armonización entre ambas

figuras determinará si fue legítima la intervención de una persona para defender a una mujer en situación de violencia y, por ende, si debe reputarse antijurídica y punible esa conducta.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito.

Amparo directo 190/2019. 5 de marzo de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Mauricio Torres Martínez. Secretario: Alejandro Vilchis Robles.

Esta tesis se publicó el viernes 19 de agosto de 2022 a las 10:27 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

Registro digital: 2025120

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Undécima Época

Materias(s): Constitucional, Penal

Tesis: II.4o.P.38 P (10a.)

Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 16, Agosto de 2022, Tomo V, página 4463

Tipo: Aislada

Juzgar con perspectiva de género. Para emplear este método no es indispensable que la parte interesada en la controversia sea una mujer, ni que deba generarle un beneficio

Hechos: El quejoso promovió juicio de amparo directo contra la sentencia dictada en su contra por el delito de homicidio con ventaja; argumenta que se actualizó la figura de exceso en la legítima defensa, porque utilizó un objeto punzocortante para privar de la vida a una persona que estaba ejecutando actos de violencia contra una mujer; sin embargo, el medio empleado no era racional ni proporcional para hacer cesar la agresión.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que el caso debe juzgarse con perspectiva de género, sin

que sea indispensable que la parte interesada en la controversia sea una mujer, ni que deba generarle un beneficio.

Justificación: Lo anterior, porque en congruencia con la tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de título y subtítulo: "ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO." y con el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de ese Alto Tribunal, las personas juzgadoras no sólo deben emplear la perspectiva de género en casos en donde la parte promovente del juicio o controversia sea una mujer, sino que este método debe utilizarse en todos aquellos asuntos que den cuenta de la existencia de relaciones asimétricas de poder, violencia, vulnerabilidad, o bien, de contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género o las preferencias u orientaciones sexuales de las personas. Por tanto, es válido emplear la perspectiva de género sin que el examen respectivo, necesariamente, deba reportar un beneficio hacia la mujer.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito. Amparo directo 190/2019. 5 de marzo de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Mauricio Torres Martínez. Secretario: Alejandro Vilchis Robles.

Nota: La tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.) citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación, del viernes 15 de abril de 2016 a las 10:30 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 29, Tomo II, abril de 2016, página 836, con número de registro digital: 2011430.

Esta tesis se publicó el viernes 19 de agosto de 2022 a las 10:27 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

Qué bien, que los tribunales mexicanos identifiquen la problemática que genera la configuración de la legítima defensa en

los casos en que las mujeres se enfrentan a violencia de género. Precisamente, desde el ámbito legislativo en Baja California, se realizó una reforma trascendente en esta materia, que requirió de modificaciones al texto constitucional local y a varias legislaciones. Particularmente, la adición de un segundo, tercero, cuarto y quinto párrafo al artículo 79 del Código Penal del estado, así como al artículo 21° y 26 Bis a la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, todas estas legislaciones del estado de Baja California.

Esta reforma tuvo como finalidad determinar la presunción de legítima defensa en el caso de mujeres o de alguna persona en su auxilio, que actúe para repeler al agresor que ejerce violencia contra ella. Deberá considerarse a sí mismo, establecer la excepción cuando resulte para la mujer exceso de legítima defensa en el caso de que se encuentre en estado de temor, miedo, confusión o incluso terror. Asimismo, es de considerarse que se deberán tomar las medidas necesarias para la aplicación de órdenes de protección a favor de estas mujeres, quienes en un primer momento tuvieron la calidad de víctima, y que por su defensa legítima pasaron a la calidad de agresoras, y por lo tanto de indiciadas o infractoras.

Esta importante reforma llamada “Ley Alina”, tuvo como antecedente un caso que aconteció en esta entidad federativa en el que se vio involucrada una mujer de este nombre. Con esta reforma legislativa se integró el enfoque de género a la legítima defensa, con lo que se amplió una visión para el juzgador. El espíritu de la ley es proteger a mujeres que se defiendan de agresiones, ofreciendo seguridad jurídica y sensibilizando sobre violencia de género.

Este avance normativo que tuvo su origen en un caso emblemático, refleja un cambio significativo en la legislación para abordar la defensa de mujeres en situaciones de peligro. La fecha de esta acción legislativa es del jueves 24 de agosto de 2023.

STEPHEN HOLMES Y CASS R. SUNSTEIN, *EL COSTO DE LOS DERECHOS. POR QUÉ LA LIBERTAD DEPENDE DE LOS IMPUESTOS. MÉXICO, SIGLO VEINTIUNO EDITORES. 2015.*

JESÚS FERNANDO VILLARREAL GÓMEZ*

En los estudios de derecho y política, algunos han llegado a considerar a los derechos, especialmente los derechos constitucionales, como cartas de triunfo intocables. Sin embargo, en la práctica estos derechos deben ser protegidos por el Estado y el gasto público para esta función gubernamental se encuentra financiada por los ingresos que éste recauda de los contribuyentes. Si no existiese tal financiamiento, su correlativa protección fuera nula; y estos derechos simplemente se convertirían en meras aspiraciones. Esta máxima constituye el eje de la obra de Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, intitulada *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Ambos autores son renombrados miembros en la vida académica estadounidense: el primero de ellos ha sido profesor en las universidades de Harvard, Chicago, Princeton y Nueva York, y el segundo también en Harvard y Chicago. Aunado a ello, los coautores tienen vasta experiencia en el sector público, lo que fortalece la claridad explicativa de esta obra.

El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos, de Holmes y Sunstein, se suma a los debates normativos y filosóficos de los derechos. Mientras existen algunos

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California (UABC); ha sido colaborador en los órdenes federal, estatal y municipal de gobierno, en los Poderes Ejecutivo y Legislativo; asesor en los sectores privado y social; profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho Mexicali UABC; Maestro en Derecho Fiscal; Maestro en Impuestos; Doctorando en Ciencias Jurídicas. ORCID: 0000-0002-9385-742X; fernando.villarreal@uabc.edu.mx.

filósofos de corte libertario o libertario-conservador que defienden el Estado mínimo, en el cual consideran que los impuestos violentan las libertades de los gobernados, Holmes y Sunstein afirman que los impuestos no sólo no violan las libertades y derechos, sino que además son indispensables para otorgar una garantía real de éstos.

Del otro lado del debate, opuestos a Holmes y Sunstein, se encuentran obras como *Anarquía, estado y utopía* por Robert Nozick de 1974, así como *Qué significa ser libertario*, por Charles Murray de 1997.

También surge un análisis interesante sobre el Costo de los derechos por Alan Gerwith en su artículo “¿Todos los derechos positivos?”, mientras que una postura en sentido opuesto es adoptada por el libertario Tom Palmer en su *Crítica al costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*, de 1999. Esta diversidad de posturas por diversos autores enriquece el debate normativo y filosófico de los impuestos.

A pesar de que Holmes y Sunstein enfocan su estudio, particularmente el presupuestario, al caso de los Estados Unidos de América, los planteamientos resultan aplicables para aquellas naciones con democracias liberales en las que sus ciudadanos puedan exigir la rendición de cuentas a los funcionarios públicos. La primera edición de este texto *The Cost of Rights* fue publicada en el año de 1999; pero el análisis, los cuestionamientos y las conclusiones vertidas en él siguen tan vigentes como en la fecha del texto original.

El libro se divide en cuatro partes. La primera parte se intitula “Por qué un Estado sin dinero no puede proteger los derechos”, subdividiéndose, a su vez, en cuatro argumentos: 1. Todos los derechos son positivos, 2. La necesidad de la actuación del gobierno, 3. Sin impuestos, no hay propiedad y 4. A los guardianes hay que pagarles.

Lo primero que se aborda en la parte primera del libro es lo referente a la futilidad de la dicotomía entre los *derechos negativos* y los *derechos positivos*. Los autores critican esta clasificac-

ción promovida por la Corte Suprema estadounidense, en la que identificaba a las libertades como los derechos negativos y a los subsidios como derechos positivos. En el caso de los derechos negativos, asumen que lo único que se requiere es la no intervención del Estado. En ese caso, el punto óptimo para estas libertades sería un Estado inactivo que permita la libertad de acción a los titulares de esos derechos.

Para los críticos del Estado de bienestar, esta dicotomía gusta bastante porque implica la diferencia entre un gobierno chico y un gobierno grande. Holmes y Sunstein explican que esta división entre libertades y subsidios (derechos negativos y positivos) resulta infértil, puesto que hasta las libertades más básicas, como el derecho a la propiedad, necesitan la protección del Estado, de invasiones, por ejemplo. Esa protección del gobierno y de los tribunales requiere de recursos públicos.

Incluso en los derechos constitucionales, se explica en la obra, que pudieran parecer limitantes frente a la actuación del gobierno, debe existir un órgano regulador de esa protección, como los tribunales. Por ende, esa protección de los derechos constitucionales también tiene un costo. Esos derechos no se garantizan y hacen valer solamente con la mera abstención del Estado a intervenir.

Los autores evidencian que el *Estado mínimo*, propuesto por aquellos propugnadores de la filosofía libertaria es omisa en destacar que aún para que exista un derecho básico como el derecho a la propiedad, se requiere de los agentes policiales que mantenga fuera a los no propietarios; y esta acción de gobierno se financia con los ingresos públicos. Es decir, sin impuestos no hay propiedad. Así, se deduce que a los guardianes hay que pagarles. Ya sea en la autoridad administrativa o en los tribunales, a los funcionarios se les debe reclutar, capacitar y pagar. Estas acciones provienen del pago de impuestos por los contribuyentes.

La segunda parte, “Por qué los derechos no pueden ser absolutos”, contiene los tópicos: 5. Cómo la escasez afecta la liber-

tad, 6. En qué difieren los derechos de los intereses, 7. Exigir derechos significa distribuir recursos, y 8. Por qué es inevitable hacer concesiones.

En esta sección, los autores explican nítidamente, con casos reales en la historia judicial estadounidense, el argumento de la escasez de recursos en la protección de derechos. Como ellos lo indican, los derechos no son absolutos. Ningún derecho cuya protección implique un costo financiado por las aportaciones de los contribuyentes podrá ser absoluto. Existen necesidades ilimitadas que deben ser cubiertas con recursos limitados.

En una observación muy sobria por los coautores, exponen la difícil tarea de los tribunales, puesto que su veredicto podría pronunciarse omitiendo considerar el costo de los derechos. De hecho, el juez no está capacitado ni tiene los conocimientos suficientes en materia presupuestaria para calificar si los organismos gubernamentales realizaron o no una correcta asignación de recursos públicos o su priorización de algún rubro sobre otro.

Puesto que el juzgador estudia un caso en concreto, Holmes y Sunstein resaltan que aquellos juzgadores no cuentan con la capacidad institucional para conocer sobre todas las asignaciones presupuestarias y considerar las consecuencias distributivas al emitir su fallo. Por tal motivo, la obra establece que la exigibilidad de los derechos tiene un costo frente a recursos limitados. Desde el punto de vista de las restricciones fiscales que padecen los gobiernos, no pueden existir derechos absolutos.

Algo que cuidan con esmero los autores es la distinción entre intereses y derechos. Indican que los primeros estarán sujetos a negociaciones y concesiones, mientras que los segundos se constituyen en principios con firmeza. Sin embargo, no coinciden plenamente con la postura de Ronald Dworkin, al considerar a los derechos como cartas de triunfo de los ciudadanos, siempre que esta postura implique que los derechos son absolutos. Pero aclaran que es el propio Dworkin, quien reconoce que los derechos pueden ser objeto de anulabilidad o de limitación cuando colisionan con otros derechos.

De esta colisión, Holmes y Sunstein indican que el interés público puede constituir una limitante a los llamados derechos absolutos (incluidos los constitucionales), cuando el Estado deba atender valores mayores. Precisamente algunos conflictos entre derechos derivan de las limitadas asignaciones presupuestarias. Estas limitaciones financieras exigen acuerdos y concesiones para resolver con justicia. El hecho de que los legisladores y los jueces consideren, en el desarrollo de sus funciones, el costo de los derechos no significa que desaparece la distinción entre derecho y un simple interés.

Lo que estos funcionarios realizan es el reconocimiento de las restricciones fiscales en la protección de los derechos que algunos libertarios civiles califican de derechos absolutos, a pesar de las limitaciones financieras para su protección. Los tribunales se apoyan de los organismos gubernamentales para conocer los motivos de las restricciones, acciones u omisiones sobre determinados derechos. Los autores no temen en señalar que los criterios de la Corte Suprema, en sus pronunciamientos, han ignorado los costos de los derechos.

También destacan que los derechos no implican una limitante sólo contra la actuación estatal, sino también contra el resto de la colectividad. Las instituciones públicas, incluidos los tribunales y las legislaturas, protegen al individuo de los ataques de la colectividad. Esta exigibilidad de los derechos necesariamente requiere distribución de recursos de la mejor manera posible.

En los puntos finales de la segunda parte del libro, los autores puntualizan aspectos específicos contra aquellos críticos de los derechos de bienestar, quienes consideran que los derechos básicos son los que debería proteger el Estado. Por ello, se recalca que incluso la protección al derecho de propiedad (derecho básico, derecho supuestamente negativo, una libertad) también necesita la asignación de presupuesto, toda vez que se requiere la intervención gubernamental.

Algo elemental que subrayan los autores respecto de los derechos de bienestar es el elemento político. El fortalecimiento

de los derechos de bienestar (derechos positivos, subsidios), se pugna en la arena política, más que en la judicial. Por tal motivo, los tribunales no pueden funcionar sin el apoyo de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Como los derechos de bienestar son conducidos por un movedizo terreno político, que se rige por la inestabilidad presupuestaria de cada año donde se decide qué rubros de necesidades serán seleccionados para que se les invierta determinado recurso. Forzosamente se deben hacer concesiones políticas en la priorización, y eso es algo que Holmes y Sunstein destacan en su obra.

En la tercera parte del libro, denominada “Por qué los derechos implican responsabilidades”, se abarcan los temas siguientes: 9. ¿Es posible que los derechos hayan llegado demasiado lejos?, 10. El altruismo de los derechos, 11. Los derechos como respuesta a la bancarrota moral.

Tras una tendencia crítica sobre los derechos en la que se les señala como responsables de una cultura (cultura de *vale todo*) y de un proceso de desintegración social que les permite relegar sus deberes a los ciudadanos, los autores proceden a esgrimir argumentos frente a estos críticos.

Holmes y Sunstein sí reconocen que los derechos malinterpretados pueden fomentar una conducta irresponsable. Pero arguyen que, en realidad, el actual sistema legal estadounidense establece un sinnúmero de prohibiciones que no existían anteriormente y que exigen una conducta aún más responsable que en el pasado. Precisamente estas responsabilidades y los derechos correlativos se van reconfigurando constantemente conforme evoluciona la sociedad.

Los autores insisten en que los derechos, lejos de fomentar conductas irresponsables, se vinculan directamente con las responsabilidades. Así como un individuo puede abusar del poder legal que su derecho le otorga sobre otra persona, esta última también goza de derechos compensatorios que inhiben el abuso del primero. A través de este sistema de incentivos, se descubre el altruismo en los derechos, donde las personas se ven compe-

lidas a desarrollar conductas responsables, decentes y conscientes, fortaleciendo así la moral en la sociedad.

Cierran esta tercera parte estipulando que la protección de estos derechos de las personas conlleva una inversión y un gasto público responsable por parte del Estado, para que, a su vez, el contribuyente de manera cívica asuma su responsabilidad de pagar sus impuestos.

La cuarta parte del libro, que lleva por nombre “Los derechos entendidos como pactos”, incluye las materias relativas a: 12. Cómo la libertad religiosa promueve la estabilidad, 13. Tener derechos y tener intereses, 14. Los derechos de bienestar y la política de inclusión.

El primer tópico de esta cuarta parte se enfoca en la importancia de una nación multiconfesional (con una diversidad de religiones). La tolerancia y el respeto al derecho de cada persona de profesar la religión que sus convicciones le dicten, conlleva una serie de acciones de gobierno, que aun cuando pudieran ser costosas, brindan estabilidad a un país con tanta pluralidad de ideas. A pesar de que los autores describen a nuestro país vecino del norte, bien aplica para México y demás países democráticos donde no se impone una religión oficial por el Estado.

Así como la libertad religiosa requiere una protección con costos, los derechos de bienestar también implican los suyos. Como lo manifiestan los autores a través de su obra, no se puede decir que los *derechos negativos* son más apremiantes o importantes que los derechos *positivos*. Si los derechos básicos demandados por los propietarios ricos absorbiesen todo el gasto público, el pacto social se disolvería por la sublevación de las personas desesperadas (de escasos recursos) ante la impotencia de ver que el Estado al que pertenecen se mantiene indiferente ante su situación.

Los autores describen excelentes ejemplos, como los pobres que son reclutados para luchar en las guerras, como parte del contrato social donde los ricos contribuyen con sus impuestos al gasto público. También hacen referencia a la motivación históri-

ca de los primeros hospitales de salud pública financiados por los ricos para contener las epidemias en los pobres que eventualmente les podrían ser contagiadas a ellos.

Esta simbiosis entre contribuyentes ricos y aquellos individuos en pobreza que reciben asistencia social, donde también juega su papel la clase media, se convierte en un pacto social donde los contribuyentes financian la intervención gubernamental para la protección de las libertades básicas, así como de los subsidios de los derechos de bienestar. Así, se puede entender a los derechos, y el costo de ellos, como un pacto social.

Finalmente, en la “Conclusión” del libro, los coautores formulan auténticos postulados que permiten un cierre claro y conciso de la obra. Desde el principio se le revela al lector cuál es el eje temático del libro; y se mantiene una formidable coherencia en cada una de sus partes, las que se encargan de reafirmar, mediante aseveraciones y ejemplos puntuales, el punto medular del texto: la protección gubernamental de todos los derechos tiene un costo financiado por los contribuyentes.

Entre estas importantes afirmaciones plasmadas por los autores se pueden encontrar las siguientes: 1) desde la perspectiva presupuestaria, todos los derechos son licencias otorgadas por el Estado a los individuos para que persigan sus propósitos; 2) estos derechos requieren de funcionarios que lleven a cabo las funciones de recaudación de ingresos y el gasto público para su protección (sin distinción entre *derechos negativos* o *positivos*); 3) los derechos no son cartas de triunfo inflexibles y se encuentran sujetos a la capacidad financiera del Estado, para lo que resulta crucial la transparencia democrática y la rendición de cuentas en la justicia distributiva; 4) todos los derechos (incluidos los constitucionales) implican decisiones políticas sobre la asignación de recursos; 5) conforme avanza la sociedad, los derechos van siendo reconfigurados por los legisladores y los jueces; 6) las soluciones integrales deben considerar el costo de los derechos y su exigibilidad, lo que requiere el fomento de una política responsable de análisis; entre muchas otras.

El costo de los derechos es una lectura obligada para todos los juristas, politólogos y estudiantes, y es un texto recomendado para cualquier persona que disfrute de un mejor entendimiento del contexto político, social y económico de su realidad. La redacción es fácilmente digerible, su estructura es simultáneamente completa y sencilla. Todo ciudadano informado debería allegarse al contenido de este libro, cuya misión principal es concientizar tanto a gobierno como a gobernados.

Una vez que el lector se adentre en los contenidos de esta obra, se verá constantemente tentado a reflexionar sobre la cotidianidad, los derechos y responsabilidades en juego, la intervención gubernamental, y los costos que los contribuyentes sufragamos para que el Estado pueda funcionar. Sobre todo, este texto torna al lector un tanto más consciente del pacto social en el que nos encontramos suscritos, sus virtudes, su fragilidad y las decisiones políticas que median para su evolución.

JUAN JESÚS GARZA ONOFRE, *NO ESTUDIES DERECHO. UNA REVISIÓN DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LOS ABOGADOS*. CIUDAD DE MÉXICO: PENGUIN RANDOM HOUSE, 2023.

MARA ISABEL ORTIZ VALDEZ*¹

La idea de la tenencia del poder, los modos tradicionales de enseñanza y aplicación del derecho, así como la función social de los abogados se repasan en 14 capítulos divididos en dos grandes bloques que ofrecen un análisis y una visión alternativa de las problemáticas vinculadas a esta profesión.

Si analizáramos nuestra sociedad, encontraríamos que, desafortunadamente la población en México no conoce la Constitución y las leyes. El autor menciona que “la cercanía entre el ejercicio del poder y el estudio de las leyes ha forjado la creencia de que los abogados son buenos gobernantes y que tienen el perfil idóneo para pertenecer al gobierno”. Pero no sólo los abogados por conocer las leyes, sino que debería ser una obligación de cualquiera que desempeñe un cargo público.

Ser abogado permite defender a quien lo requiera, pero también abre la posibilidad de favorecer y facilitar el poder a quienes ya lo tienen, y con esto, impedir que las cosas cambien de manera radical en la sociedad. En este sentido, el autor comenta que la responsabilidad social de los abogados dependerá en gran medida de si desempeñan su rol en complicidad con el sistema y con ello obstaculizan la vida de las personas; pues el derecho, no sólo se trata de ganar disputas o conflictos jurídicos sino de buscar soluciones a los problemas de la sociedad.

* Licenciada en Negocios y Comercio Internacional de la Universidad Autónoma de Sinaloa, Facultad de Contaduría y Administración. Coordinadora de Extensión en la Preparatoria Jesús Ramón Félix Valenzuela UAS y Estudiante de la Maestría en Dirección Estratégica con Énfasis en Dirección y Gestión Empresarial en la Facultad de Contaduría y Administración.

Para enfatizar la relación que tienen las decisiones de los abogados sobre la vida de las personas, el autor cita a David Luban: “hacer conciencia sobre su determinante papel en el entorno, teniendo en cuenta el impacto que causa en los derechos de otras personas, la elección de ciertos clientes y estrategias jurídicas”. Además, una buena parte de esa influencia está relacionada con el lenguaje nada sencillo que se utiliza para hablar o escribir sobre temas jurídicos.

En este sentido se abordan varias creencias acerca de los abogados, como que generan ignorancia en la sociedad, pues usan un lenguaje de difícil comprensión para diferenciarse de los que no están versados en temas de derecho; se habla incluso de que usan palabras de una lengua ya muerta como es el latín, lo que hace que de cierta manera la abogacía pierda su orientación social, pues no permite que se genere conocimiento y la sociedad por el contrario, se desvía en medio de la oscuridad y problematización. Tampoco debemos olvidar que el potencial del derecho radica en el entendimiento entre las personas, pues de lo contrario están negando la posibilidad de conocer los derechos o comprender lo que se está tratando en un tema legal.

Los abogados deben tener siempre presente que su trabajo está basado en los derechos de las personas, no en algún tipo de servicio especializado al alcance sólo de algunos clientes, reforzado por la idea y las prácticas de que a los pobres nadie los quiere defender, que los casos no los ganan los mejores licenciados en derecho, sino quienes tienen el dinero para pagar los mejores abogados. Así, el ejercicio de la abogacía pierde su orientación social y se enfoca en la protección de unos cuantos: los privilegiados.

Qué pasa entonces, en estos casos, si una persona en calidad de no culpable, con verdadera y justa razón tiene un abogado de oficio y la persona culpable tiene el mejor abogado, la persona no culpable tiene todas las de perder ya que: “la función social no se enfoca en la facilitación y la búsqueda de la justicia sino en entorpecer y obstaculizar, en manipular las leyes a conveniencia y utilizarlas para sus propios intereses egoístas”.

Quizá por este motivo, el autor señala que: “el derecho debe ser cuestionado de manera incesante para brindar múltiples oportunidades y desarrollar la creatividad para remediar injusticias utilizando las mismas para transformar la sociedad. El sentido de comunidad y el compromiso hacia la misma deberán sobrepasar rangos, estatus e incluso cualquier tipo de ideología filias y tradiciones”.

Como sociedad mexicana que quiere desarrollo económico, político y social debemos hacer conciencia sobre la importancia de conocer los derechos y obligaciones y cómo estos van cambiando en el tiempo, por señalar algunos ejemplos: derecho a votar, a ser votado, a vivienda, al trabajo, a asociarme, a contraer matrimonio, a la salud, a la libertad de expresión, etc. Asimismo, se adquieren obligaciones como: defender la constitución y las leyes, defender el territorio, pagar impuestos, proteger el patrimonio, promover la paz, etcétera.

El autor también menciona que: “hoy en día es indispensable que el derecho sea abordado desde otras trincheras para tener de esa manera una mejor capacidad de entendimiento de los fenómenos sociales; el derecho es demasiado importante para dejarlo a los abogados; el derecho debe servir para hacer mejor la vida de todas las personas y no sólo de unos cuantos”. De ahí que todos deberíamos estudiar derecho desde las diferentes trincheras de la sociedad rompiendo con los esquemas tradicionales de enseñanza y uso del conocimiento jurídico en nuestro día a día.

La revista *CimaLex*, vol. II, número 4, julio-diciembre, 2023, se terminó de imprimir el 15 de febrero de 2024 en Artificios Media, Abelardo L. Rodríguez 747, Colonia Maestros Federales, Mexicali, Baja California, C.P. 21370. www.artificios.com. El tiraje consta de 150 ejemplares. El cuidado de la edición estuvo a cargo de Leobardo Sarabia. En su composición se usó la tipografía Times Roman, 11 y 12 puntos.



Universidad Autónoma de Baja California